

**DER SCHUTZ DER MINDERHEITSAKTIONÄRE
DER OBERGESELLSCHAFT**

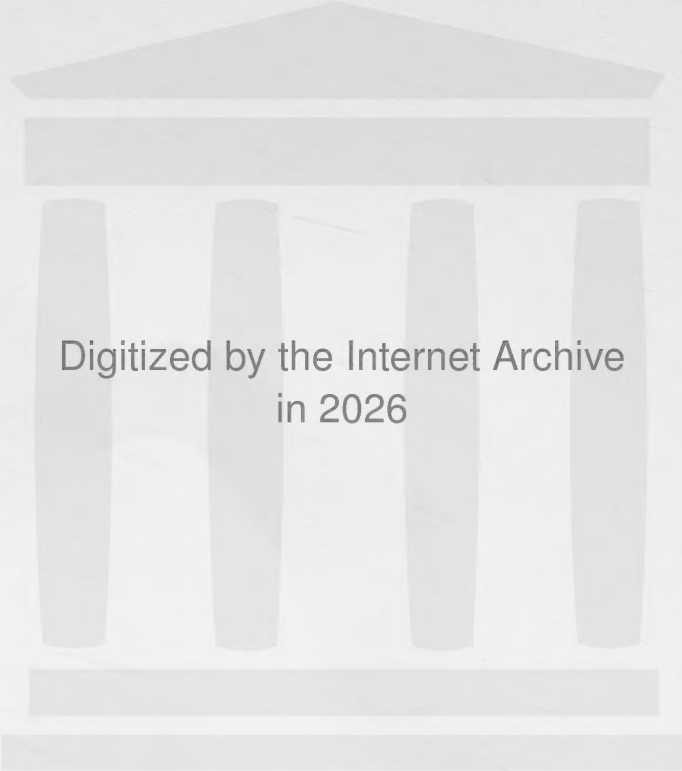
**INAUGURAL-DISSERTATION
ZUR ERLANGUNG DES AKADEMISCHEN GRADES
EINES DOKTORS DER RECHTE**

**DURCH DEN
FACHBEREICH RECHTSWISSENSCHAFT
DER
WESTFÄLISCHEN WILHELMS-UNIVERSITÄT
ZU MONSTER**

**VORGELEGT
VON
WON-HO LEE**

**AUS
KYUNG - GI DO / KOREA**

1987



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554807_0034

"DER SCHUTZ DER MINDERHEITSAKTIONÄRE DER OBERGESELLSCHAFT"

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte

durch den
Fachbereich Rechtswissenschaft der
Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt
von
Won-Ho Lee
aus Kyung-Gi Do (Korea)

Erster Berichterstatter:

Prof. Dr. Großfeld

Zweiter Berichterstatter:

Prof. Dr. Sandrock

Dekan:

Prof. Dr. Struensee

Tag der mündlichen Prüfung:

10.07.1987

Hiermit möchte ich mich für die zahlreichen Ratschläge und Anregungen bedanken, ohne die diese Arbeit nicht zustande gekommen wäre.

Ganz besonders gilt mein Dank der freundlichen und herzlichen Unterstützung von Herrn Professor Dr. Großfeld.

Dank sagen möchte ich auch dem Zweitgutachter Herrn Professor Dr. Sandrock.

Für meine Mutter und Cheul Soon

A: Geschichte des Konzernrechts	1
I. Entwicklung bis 1931	1
1. Bildung der ersten Konzerne und ihre Bewertung in der Literatur am Ende des 19. Jahrhunderts	1
2. Erste Versuche zum Schutz des Minderheitsaktionärs anhand der Entscheidung des Reichsgerichts RGZ 3, 123 f.	3
3. Diskussion in Rechtsprechung und Literatur über den Schutz des Minderheitsaktionärs im ersten Drittel des 20. Jahrhunderts	7
a. Konzernbegriff	7
b. Aktionärsinformation in der Obergesellschaft	8
c. Differenzierung von Beteiligungen.	9
4. Untersuchungsprogramme zur Schaffung eines Konzernrechts	10
a. Dritte Arbeitsgruppe innerhalb des Ausschusses zur Untersuchung der Erzeugungs- und Absatzbedingungen der deutschen Wirtschaft	11
b. Aktienrechtskommission des 34. Deutschen Juristentages	13
c. Fragebögen IV und VII des Reichsjustizministeriums	15
5. Gesamtbetrachtung	17
II. Die Aktienrechtsnovelle von 1931 und die Reform des Aktienrechts von 1937	18
1. Konzernbegriff	18
2. Vorschriften, die das Abhängigkeitsverhältnis betreffen	19
3. Weitere Regelungen der Aktienrechtsnovelle von 1931 und des Aktiengesetzes von 1937 für Konzernunternehmen	21

4. Generalklausel	22
5. Gesamtbetrachtung	23
III. Weitere Entwicklung bis zur Aktienrechtsreform von 1965	25
1. Diskussion nach dem Zusammenbruch der deutschen Wirtschaft von 1945	25
2. Verzicht auf ein umfassendes Konzernrecht in einem Rahmengesetz	25
3. Untersuchungen der Studienkommission des Deutschen Juristentages von 1955	26
B: Gesetzliche Regelung des Konzernrechts	29
I. Überblick	29
II. Schutzvorschriften im Vertragskonzern	30
1. Gesetzliche Regelungen bezüglich der Aktionäre der Untergesellschaft	31
a. Mitverwaltungsrechte	31
aa. Beim Abschluß eines Unternehmensvertrages	31
bb. Bei Änderung, Aufhebung oder Kündigung eines Unternehmensvertrages	34
cc. Bei der Geltendmachung von Schadensersatz- und Verlustübernahmeansprüchen	35
dd. Praktische Effizienz der Regelung	36
b. Vermögensrechte	40
aa. Anspruch auf angemessenen Ausgleich	41
bb. Anspruch auf Abfindung	43
cc. Abfindungsanspruch bei Eingliederung	44
dd. Praktische Effizienz der Regelung	45

c. Sonstige mittelbar zugunsten der Aktionäre wirkende vermögensrechtliche Schutzvorschriften	48
aa. Organhaftung gemäß §§ 309, 310 AktG	48
bb. Sicherung des Gesellschaftsvermögens	50
2. Gesetzliche Regelungen bezüglich der Aktionäre der Obergesellschaft	51
 III. Schutzvorschriften im faktischen Konzern	 53
1. Gesetzliche Regelungen bezüglich der Aktionäre der Untergesellschaft	54
a. Vermögensrechte	54
aa. Nachteilsausgleich und Schadensersatzpflicht	55
bb. Der Schadensersatzanspruch nach § 317 AktG	58
cc. Der Abhängigkeitsbericht	61
dd. Schadensersatzpflicht der Verwaltungsmitglieder der abhängigen Gesellschaft	62
ee. Praktische Effizienz der Regelung	63
b. Mitverwaltungsrechte	65
2. Gesetzliche Regelungen bezüglich der Aktionäre der Obergesellschaft	67
 IV. Mitteilungspflichten	 67
 V. Zusammenfassung	 69

C: Rechtliche Probleme der Konzernbildung in der Obergesellschaft	70
I. Die Konzernbildung im Aktien- und Konzernrecht	70
1. Definition und Wege zur Konzernbildung	70
2. Gesellschaftsrechtliche Konsequenzen aus der Konzernbildung	71
3. Das Grundproblem der Konzernbildung: Die rechtliche Gliederung und gleichzeitige organisatorische Einheit des Konzerns	74
II. Die Konzernbildung und die Mitwirkung der Aktionäre der Obergesellschaft	76
1. Das allgemeine Problem der Konzernbildungskontrolle	76
2. Problematik der individuellen Konzernbildungskontrolle nach § 119 Abs. 2 AktG	77
3. Konzernbildung über Kapitalmaßnahmen in der Untergesellschaft	78
4. Gewinnverwendung bzw. Rücklagenbildung in der Tochtergesellschaft einer Aktiengesellschaft	80
III. Zusammenfassung	81
D: Regelungslücke	83
I. Einleitung	83
II. Holz Müller-Entscheidung - Ausgliederung eines Unternehmensteils	84

1. Schutzbedürfnis	86
2. Gesetzliche Regelungen	91
a. Mitwirkungsbefugnis der Hauptversammlung	91
aa. § 361 AktG	91
bb. § 179 AktG	94
cc. § 293 Abs. 2 AktG	96
dd. § 119 Abs. 2 AktG	96
ee. Zusammenfassend zur Mitwirkungsbe- fugnis	98
b. Schadensersatzansprüche der Aktionäre	99
3. Schlußbetrachtung zur Ausgliederung	100
III. Rücklagenbildung im Konzern	101
E: Lösungswege	105
I. Einleitung	105
II. Gedankendarstellung	110
III. Lösungsansätze	110
1. Hauptversammlungs-Zuständigkeit bei der Konzernbildung	111
a. Der Weg der Rechtsprechung: § 119 Abs. 2 AktG	111
b. Herleitung der Ausgründungskontrolle aus Konzernverfassungsrecht - der Weg Hommelhoffs	113
c. Ausgründungskontrolle über Analogie zu §§ 179 Abs. 2 S. 2 i.V.m. 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG	119
2. Konzernleitung und Recht der Aktionäre	126
a. § 186 Abs. 3 AktG	126
b. §§ 292, 293 AktG	127
c. § 119 Abs. 2 AktG	128

d. Kritik am Konzept der Mitwirkung der Aktionäre der Obergesellschaft im Konzern	128
3. Konzernleitung und Rechte der Aktionäre:	
Die Rücklagenbildung nach § 58 Abs. 2 AktG	130
a. Das Konzept Lutters	131
b. Das Konzept Geßler/Götz	133
c. Zusammenfassend zur Rücklagenbildung	137
IV. Gesamtergebnis	137
F: Prozessuale Durchsetzbarkeit	138
I. Allgemeine Zulassung der Aktionärsklage	138
1. Zustimmung zur Aktionärsklage	138
2. Ablehnende Auffassungen zur Aktionärsklage	141
3. Stellungnahme	142
II. Rechtsnatur und dogmatische Grundlagen der Aktionärsklage	144
1. Der Anspruch auf verbandsinternen Schutz der Mitgliedschaft	144
a. Die Mitgliedschaft als subjektives Recht	144
b. Begründung eines Schutzanspruches für die Mitgliedschaft	146
aa. Deliktischer Ansatz	146
bb. Gesellschaftsrechtlicher Ansatz	147
cc. Stellungnahme	147
2. Zwischenergebnis	149
3. Der richtige Anspruchsgegner; Passivlegitimation der Gesellschaft	149

III. Inhalt der Aktionärsklage und Grenzen	150
1. Allgemeines	150
2. Inhaltsschranken: die gesellschaftliche Treuepflicht	152
a. Abwägung von Schutz- und Unternehmensinteresse	152
b. Zeitliche Grenzen	153
IV. Die Gefahr des Rechtsmißbrauchs	154
V. Die allgemeine Feststellungsklage im Vorfeld der Aktionärsklage	155
1. Grundsätzliche Anerkennung	155
2. Die Feststellungsklage des Obergesellschafters bei Kapitalerhöhungen in der Unter-gesellschaft	156

3. Arbeitsgruppe

Ausschuß zur Untersuchung der Erzeugungs- und Absatzbedingungen der deutschen Wirtschaft (Hrsg.), Enquete-Bericht, I. Unterausschuß, 3. Arbeitsgruppe, 3. Teil; Wandlungen in der aktienrechtlichen Gestaltung der Einzelunternehmen und Konzerne-Beneralbericht, Berlin 1930

zit.: 3. Arbeitsgruppe

Barz

Das 50:50 Gemeinschaftsunternehmen und das Konzernrecht, FS Kaufmann, Köln 1972, S. 59 f.

Baumbach-Hueck

Aktiengesetz, 13. Auflage 1968

Bokelmann

Rechtsmißbrauch des Anfechtungsrechts durch den Aktionär, BB 1972, 733 f.

Beuthien

Unternehmenskonzentration und Kleinaktionärsschutz, JuS 1970, 53 f.

Claussen

Fußnoten zum Bericht der Unternehmensrechtskommission, Die AG 1983, 1 f.

Deutscher Anwaltsverein

Zur Reform des Aktienrechts, II. Teil, Leipzig 1929

zit.: Deutscher Anwaltsverein

Deutscher Juristentag

Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Bericht der durch den 34. Juristentag zur Prüfung einer Reform des Aktienrechts eingesetzten Kommission, Mannheim, Berlin, Leipzig 1928

zit.: Aktienrechtskommission

Emmerich

Das Konzernrecht der Personengesellschaften - Rückblick und Ausblick, FS Stimpel, Berlin, New York 1985, S. 743 f.

- zit.: Emmerich, FS Stümpel
- ders. Konzernrecht, München 1977
- Emmerich/Sonnenschein Konzernrecht, 2. Auflage, München 1977
- Flume Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Band, 2. Teil: Die juristische Person, Berlin, Heidelberg, New York, Tokyo 1983
- Forster Überlegungen zur Bildung von Rückstellungen für drohende Verluste aus Gewinnabführungsverträgen, FS Stimpel, Berlin, New York 1985, S. 759 f.
- ders. u. a. Aktienrechts-Aussprache I des Deutschen Instituts für Betriebswirtschaft, in: Praktische Probleme des neuen Aktienrechts, Berlin 1967, S. 95 f.
- Fragebogen Fragebögen V und VII des Reichsjustizministeriums, Deutscher Anwaltsverein, Zur Reform des Aktienrechts, II. Teil, S. 10 f., S. 60 f., Leipzig 1929
- zit.: Fragebogen V bzw. Fragebogen VII
- Friedländer Konzernrecht, 1. Auflage, Mannheim, Berlin, Leipzig 1927
- zit.: Friedländer, 1. Aufl.
- Konzernrecht, 2. Auflage, Mannheim, Berlin, Leipzig 1954
- zit.: Friedländer, 2. Aufl.
- Gadow/Heinichen u.a. Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Auflage, Berlin 1961

- Geßler
 zit.. Gadow/Heinichen
 Aktiengesetz, Band I, §§ 1-75,
 München 1983, (§§ 53 a-75)
 Aktiengesetz, Band II, §§ 76-
 147, München 1973, 1974
 Aktiengesetz, 6. Lieferung,
 §§ 291-318, München 1976
 zit.: Geßler - Bearbeiter
- ders.
 Einberufene und ungeschriebene
 Hauptversammlungszuständig-
 keiten, FS Stimpel, Berlin,
 New York 1985, S. 771 f.
 zit.: Gessler, FS Stimpel
- ders.
 Probleme des neuen Konzern-
 rechts, DB 1965 1691 f.
- ders.
 Rücklagenbildung bei Gewinnab-
 führungsverträgen, FS Mei-
 licke, Berlin u. a. 1985, S.
 18 f.
 zit.: Geßler, FS Meilicke
- ders.
 Rücklagenbildung im Konzern,
 Die AG 1985, 257 f.
- v. Godin/Wilhelmi
 Aktiengesetz, Band II, §§ 179-
 410, 4. Auflage, Berlin 1971
- Goerdeler
 Rücklagenbildung nach § 58
 Abs. 2 AktG 1965 im Konzern,
 WpG 1986, 229 f.
- Götz
 Die Sicherung der Rechte der
 Aktionäre der Konzernoberge-
 sellschaft bei Konzernbildung
 und Konzernleitung, Die AG
 1984, 85 f.
- Großfeld
 Anmerkung zum Urteil des OLG
 Hamburg vom 5.9.1980, JZ 1981,
 231 f.

- ders. Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär, Tübingen 1968
- zit.: Großfeld, Aktiengesellschaft
- ders. Unternehmensbewertung, Köln 1983
- zit.: Großfeld, Unternehmensbewertung
- ders. Zur Stellung des Kleinaktionärs im Wirtschaftssystem, Die AG 1985, 1 f.
- Großfeld/Brondics Die Aktionärsklage - nun auch im deutschen Recht, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 25.2.1982, JZ 1982, 589 f.
- Großkommentar Aktiengesetz, Großkommentar, Erster Band, 2. Halbband, §§ 76-147, 3. Auflage, Berlin, New York 1973
- Aktiengesetz, Großkommentar, 4. Band, (§§ 291-328), Berlin 1975
- zit.: GroßK - Bearbeiter
- Grunewald Rechtsschutz gegen fehlerhafte Maßnahmen der Geschäftsführung, DB 1981, 407 f.
- Hachenburg Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Großkommentar, Zweiter Band: §§ 13-52, 7. Auflage, Berlin, New York 1979
- Hadding Die Mitgliedschaft in handelsrechtlichen Personengesellschaften - ein subjektives Recht?, FS Reinhardt, Köln 1972, S. 249 f.

- Häsemeyer Der interne Rechtsschutz zwischen Organen, Organmitgliedern und Mitgliedern der Kapitalgesellschaft als Problem der Prozeßführungsbefugnis, ZHR 144 (1980), 265 f.
- Henn Handbuch des Aktienrechts, 3. Auflage, Heidelberg 1987
- Hommelhoff Der aktienrechtliche Organstreit - Vorüberlegungen zu den Organkompetenzen und ihrer gerichtlichen Durchsetzbarkeit, ZHR 143 (1979), 288 f.
- ders. Die Konzernleitungspflicht, Zentrale Aspekte eines Konzernverfassungsrechts, Köln, Berlin, Bonn, München 1982
- Hübner Die Ausgliederung von Unternehmensteilen in aktienrechtlicher und aufsichtsrechtlicher Sicht, FS Stimpel, Berlin, New York 1985, S. 791 f.
- Isay Das Recht am Unternehmen, Berlin 1910
- Kellmann Zum "faktischen Konzern", Auslegungsfragen und Reformüberlegungen, ZGR 1974, 220 f.
- Klausing Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, Berlin 1937
- Knobbe-Keuk Das Klagerecht des Gesellschafters einer Kapitalgesellschaft wegen gesetz- und satzungswidriger Maßnahmen der Geschäftsführung, FS Ballerstedt, Berlin 1975, S. 239 f.

- Köbler Gesellschaftsrecht, 2. Auflage, Heidelberg 1986
- Kölner Kommentar zum Aktiengesetz
 Band I, 1. Lieferung (§§ 1-22), 2. Auflage, Köln u. a. 1986
 Band I, 2. Lieferung (§§ 23-53), 2. Auflage, Köln u. a. 1986
 Band I, §§ 1-147, Köln u. a. 1985
 Band II, §§ 148-290, Köln u. a. 1985
 Band III, §§ 291-410, EG AktG Gesetzesanhang, Köln u. a. 1985
 zit.: Kölner Komm.-Bearbeiter
- Kropff Das Konzernrecht des Aktiengesetzes 1965, BB 1965, 1281 f.
- ders. Über die Ausgliederung, FS Gessler, München 1971, S. 111 f.
- ders. Zur Konzernleitungspflicht, ZGR 1984, 112 f.
- Landau Die Aktiengesellschaft als Aktionär, Dissertation Leipzig 1906
- Lewerenz Leistungsklagen zwischen Organen und Organmitgliedern der Aktiengesellschaft, Berlin 1977
- Lutter Holdingprobleme - Bemerkungen zum Urteil des schweizerischen Bundesgerichts vom 22.5.1979, JZ 1981, 261 f.

- ders. Theorie der Mitgliedschaft, AcP 180 (1980), 84 f.
- ders. Teilfusionen im Gesellschaftsrecht, FS Barz, Berlin, New York 1974, S. 199 f.
- zit.: Lutter, FS Barz
- ders. Zur Binnenstruktur des Konzerns, FS Westermann, Karlsruhe 1974, 347 f.
- zit.: Lutter, FS Westermann
- Martens Die Entscheidungsautonomie des Vorstands und die "Basisdemokratie" in der Aktiengesellschaft, ZHR 147 (1983), 377 f.
- Maul Der Abhängigkeitsbericht im künftigen Konzernrecht - Ein Vergleich zwischen der Regelung des Vorentwurfs der 9. EG-Richtlinie und der des geltenden Aktienrechts, DB 1985, 1749 f.
- Menzel Die wirtschaftlichen Kartelle und die Rechtsordnung, Schriften des Vereins für Sozialpolitik, Verhandlungen von 1894, S. 23 f.
- Mertens Deliktsrecht und Sonderprivatrecht - Zur Rechtsfortbildung des deliktischen Schutzes von Vermögensinteressen, AcP 178 (1978), 225 f.
- ders. Die Geschäftsführungshaftung und das ITT - Urteil, FS Fischer, Berlin, New York 1979, S. 461 f.
- ders. Unternehmensgegenstand und Mitgliedschaftsrecht, Die AG 1978, 309 f.

- Mestmäcker
Verwaltung, Konzerngewalt und
Recht der Aktionäre, Karlsruhe
1958
- ders.
Zur Systematik des Rechts der
verbundenen Unternehmen,
FS Kronstein, Karlsruhe 1967,
S. 123 f.

zit.: Mestmäcker, FS Kronstein
- Netter
Die aktienrechtliche Aus-
kunftspflicht, Berlin 1928
- Nußbaum
Anmerkung zu RGZ 115, 332, JW
1927, 2986 f.
- Petzel
Ansprüche der Minderheitsak-
tionäre bei Unternehmensver-
bindung und Umwandlung,
Göttingen 1967
- Pflüger
Neue Wege der Verwaltungskon-
trolle im Aktienrecht, Hamburg
1969
- Rasch
Deutsches Konzernrecht, 5.
Auflage, Köln, Berlin, Bonn
München 1974
- Rehbinder
Ausgründung und Erwerb von
Tochtergesellschaften und
Rechte der Aktionäre, FS
Coing, München 1982, S. 423 f.

zit.: Rehbinder, FS Coing
- ders.
Besprechung von Hommelhoff,
Die Konzernleitungspflicht,
ZHR 147 (1983), 464 f.
- ders.
Zum konzernrechtlichen Schutz
der Aktionäre einer Oberge-
sellschaft, ZGR 1981, 92 f.
- ders.
Zum konzernrechtlichen Schutz
der Aktionäre einer Oberge-
sellschaft, Besprechung der

Entscheidung BGHZ 83, 122
("Holzmüller-Entscheidung"),
ZGR 1983, 92 f.

Reinhardt/Schulz

Gesellschaftsrecht, 2. Auflage,
Tübingen 1981

Rittner

Konzernorganisation und
Privatautonomie, AcP 113
(1983), 295 f.

Schilling

Konzernrecht, JZ 1057, 529 f.

Schlegelberger/ Quassowski/
Schmölder

Verordnung über das Aktien-
recht, Berlin 1932

Schmidt

Abhängigkeit, faktischer
Konzern, Nichtaktienkonzern
und Divisionalisierung im
Bericht der Unternehmens-
rechtskommission, ZGR 1981,
455 f.

ders.

Gesellschaftsrecht, Köln u. a.
1986

ders.

"Insichprozesse" durch Lei-
stungsklagen in der Aktienge-
sellschaft?, ZZP 92 (1979),
212 f.

Schneider

Konzernleitung als Rechtspro-
blem, BB 1981, 249 f.

Sonnenschein

Der aktienrechtliche Vertrags-
konzern im Unternehmensrecht,
ZGR 1981, 429 f.

Staudinger

Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch, Ergänzungsband
Einführungsgesetz zum Bürger-
lichen Gesetzbuch, Teil 2 a;
Art. 7-9, Internationales
Gesellschaftsrecht, 10./11.
Auflage, Berlin 1981

- Stech Unklagbare Ansprüche im heutigen Recht, ZP 77 (1964), 159 f.
- Studienkommission Studienkommission des deutschen Juristentages, Untersuchungen zur Reform des Unternehmensrechts, Teil I, Tübingen 1965
zit.: Studienkommission
- Studienkommission Studienkommission des deutschen Juristentages, Untersuchungen zur Reform des Konzernrechts, Bericht, Tübingen 1967
zit.: StKDJT
- Teichmann - Koehler Aktiengesetz, 3. Auflage, Heidelberg 1950
- Thomas Rücklagenbildung im Konzern, ZGR 1985, 365 f.
- Timm Die Aktiengesellschaft als Konzernspitze, Abhandlungen zum deutschen und europäischen Handels- und Wirtschaftsrecht, Köln u. a. 1980
- ders. Hauptversammlungskompetenzen und Aktionärsrechte in der Konzernspitze - zugleich Überlegungen zum Urteil des LG Hamburg vom 1.10.1979, Die AG 1980, 172 f.
- ders. Zur Bedeutung des "Hoesch"-Urteils für die Fortentwicklung des Konzern- und Verschmelzungsrechts, JZ 1982, 403 f.
- Trouet Die Hauptversammlung - Organ der Aktiengesellschaft oder Forum der Aktionäre, NJW 1986, 1302 f.

- Werner Die Grundbegriffe der Unternehmensverbindungen des Konzerngesellschaftsrechts, JuS 1977, 141 f.
- ders. Gewinnverwendung im Konzern, FS Stimpel, Berlin, New York 1985, S. 935 f.
- zit.: Werner, FS Stimpel
- ders. Zuständigkeitsverlagerungen in der Aktiengesellschaft durch Richterrecht?, ZHR 147 (1983), 429 f.
- Wiedemann Das Abfindungsrecht - ein gesellschaftsrechtlicher Interessenausgleich, ZGR 1978, 483 f.
- ders. Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, München 1965
- ders. Gesellschaftsrecht, Band I, München 1980
- ders. Grundfragen der Unternehmensverfassung, ZGR 1975, 385 f.
- Wieland Handelsrecht, Band II, Die Kapitalgesellschaften, Leipzig 1931
- Wiethölter Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht, Karlsruhe 1961
- Würdinger Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen, 4. Auflage, Karlsruhe 1981

Zöllner

Einführung in das Konzern-
recht, JuS 1968, 297 f.

A. Geschichte des Konzernrechts

I. Entwicklung bis 1931

1. Bildung der ersten Konzerne und ihre Bewertung in der Literatur am Ende des 19. Jahrhunderts

Bereits am Ende des 15. Jahrhunderts gab es Gesellschaften, die an anderen Gesellschaften beteiligt waren.¹

Aber erst im 19. Jahrhundert wurden Konzerne zu einem bedeutenden wirtschaftlichen und sozialen Phänomen. Die industrielle Revolution hatte eine Entwicklung von der Hauswirtschaft zum kapitalistischen Unternehmen, vom Handwerksbetrieb zum Fabrikationsbetrieb gebracht. Das führte auf der einen Seite zu einer Technisierung der Arbeitswelt durch den Einsatz von Fabrikationsmaschinen; ein immer höherer Kapitaleinsatz der Unternehmen wurde notwendig.² Auf der anderen Seite traten aufgrund der industriellen Revolution immer mehr Wettbewerber in den Markt. Die Unternehmen versuchten daher, sich durch die Bildung von sogenannten Interessengemeinschaften genügend Kapital zur Anschaffung von Produktionsmaschinen zu beschaffen und durch Absprachen den Wettbewerb untereinander auszuschalten.³

1 Vgl. Großfeld, Aktiengesellschaft, S. 151.

2 Vgl. Friedländer, 2.Aufl., S. 2/3

3 Menzel, S. 25.

Nicht selten führten diese Interessengemeinschaften dazu, daß schließlich eine Aktiengesellschaft die andere kontrollierte. Man erkannte frühzeitig, daß hierdurch schwierige Fragen aufgeworfen wurden. Der Einfluß vieler Anteilseigner, namentlich der Kleinaktionäre, auf die Geschicke der Gesellschaft war gering, weil sich das Stimmgewicht in der Hauptversammlung allein nach der Höhe des Kapitalanteils richtete. Einzelne Aktionäre (also auch andere Aktiengesellschaften) konnten, falls sie mehr als 50% des Grundkapitals der Gesellschaft besaßen, entscheidenden Einfluß erlangen und die Gesellschaft an den anderen Aktionären vorbei kontrollieren. Großaktionären war es beispielsweise möglich, die Aktiengesellschaft dadurch in ihren Dienst zu stellen, daß sie für Waren, die sie von der Aktiengesellschaft bezogen, besonders günstige Preise (sog. Konzernverrechnungspreise) vereinbarten und damit den Gewinn der von ihnen beherrschten Aktiengesellschaft zu Lasten der Minderheitsaktionäre wesentlich schmälerten. Hier stellte sich die Frage, welche Rechte ein Minderheitsaktionär gegen den Einfluß eines anderen Unternehmens als Großaktionär auf seine Aktiengesellschaften geltend machen konnte. Unklar war auch, ob Minderheitsaktionäre der Obergesellschaft die Geschicke der Untergesellschaft in der Generalversammlung der Obergesellschaft beeinflussen konnten.

Die Beantwortung dieser Fragen erfolgte im 19. Jahrhundert vor dem Hintergrund der aufkommenden Kartellrechtsdiskussion. Es gab damals keine spezielle Regelung, um gegen

Kartellbildung vorgehen zu können. Da Kartellunternehmen ihre rechtliche Selbständigkeit verloren, wurde geschlossen, daß gegen die Bildung eines Konzerns, in dem das einzelne Unternehmen seine rechtliche Selbständigkeit behielt, erst recht nicht vorgegangen werden könne. Konzernbildungen seien daher zulässig. Man könne allenfalls überlegen, ob ein Konzern bzw. andere Formen der Kontrolle einer Gesellschaft mit dem Grundsatz sittengemäßen Verhaltens vereinbar seien.⁴ Nach anderer Ansicht sollte bei Konzernbildungen § 43 BGB eingreifen. Durch entsprechende Anwendung dieser Vorschrift wollte man Konzerngesellschaften die Rechtsfähigkeit entziehen, falls der Vorstand einen Beschluß faßte, der gegen das Gemeinwohl verstieß.⁵ Fraglich blieb aber, ob mit diesen Vorschlägen dem Minderheitsaktionär gedient war.

2. Erste Versuche zum Schutz des Minderheitsaktionärs anhand der Entscheidung des Reichsgerichts RGZ 3, 123

Die Rechtsprechung hatte sich erstmals mit dem Problem des Schutzes des Minderheitsaktionärs in der Aktiengesellschaft im rumänischen Eisenbahnfall im Jahre 1881 zu befassen.⁶ Die Frage, um die es in dieser Entscheidung ging, war, ob eine Aktiengesellschaft dem Einfluß ihrer Generalversamm-

4 Menzel, S. 37.

5 Landau, S. 76-78.

6 RGZ 3, 123 f.

lung entzogen werden kann und ob die Verwaltung durch einen außenstehenden Dritten, auf den die Aktionäre keinen Einfluß haben, ausgeübt werden darf.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Rumänische Eisenbahnen-Aktiengesellschaft zu Berlin schloß im Jahr 1880 mit dem rumänischen Staat einen Vertrag, in dem sich der rumänische Staat verpflichtete, die Stammaktien und Stammprioritätsaktien gegen sechsprozentige Staatsobligationen, die durch eine Hypothek am Bahnnetz der Gesellschaft gesichert werden sollten, umzutauschen. An die Aktionäre, die mit dem Umtausch nicht einverstanden waren, sollte eine jährliche Dividende in Höhe von $3 \frac{1}{3}$ Prozent des Nominalbetrages der Stammaktien und 8 Prozent des Nominalbetrages der Stammprioritätsaktien ausgezahlt werden. Weiterhin war in dem Vertrag bestimmt, daß die Verwaltung der Aktiengesellschaft auf eine Direktion übergehen sollte, deren Mitglieder allein von der rumänischen Staatsregierung bestellt werden und nur deren Weisungen unterliegen sollten. Eine entsprechende Revision der Statuten der Aktiengesellschaft wurde vorgenommen. Vertrag und Änderung der Statuten sollten erst nach Beschluß der Generalversammlung und Eintragung in das Handelsregister wirksam werden, was dann auch geschah.

Der Kläger klagte gegen den bisherigen Vorstand der Aktiengesellschaft. Er beantragte, die Beschlüsse der Generalversammlung für ungültig zu erklären und den Vorstand zu verpflichten, die Durchführung der

Beschlüsse zu unterlassen bzw. bereits ausgeführte Beschlüsse rückgängig zu machen. Nachdem der Kläger in erster und zweiter Instanz mit seiner Klage abgewiesen worden war, konnte er in der Revisionsinstanz ein den Klageanträgen entsprechendes Urteil erwirken.

Das Reichsgericht entschied, daß die Gesellschaft keine für eine Aktiengesellschaft erforderliche Organisation besaß, weil tatsächlich kein Organ mehr vorhanden war, um die Beschlüsse der Generalversammlung durchzusetzen. Ein Vorstand, der nicht an die Weisungen der Generalversammlung gebunden sei, sondern sich ausschließlich nach den Weisungen eines Dritten zu richten habe, könne nicht mehr als Organ der Gesellschaft bezeichnet werden.

Das Reichsgericht war der Ansicht, daß eine Gesellschaft, die sich der Verwaltung eines Dritten unterstellt, nicht mehr der Kontrolle der Generalversammlung - und damit der Aktionäre - unterliege. Damit werde die gesetzlich vorgeschriebene Zuständigkeitsordnung innerhalb der Gesellschaft aufgehoben. Der Dritte könne die Gesellschaft für eigene Zwecke nutzen, ohne den Gesellschaftern Rechenschaft zu schulden. Es gehöre aber zum Wesen einer Aktiengesellschaft, daß ein Vorstand als Organ der Aktiengesellschaft vorhanden sei.

Der Vorstand sei ein Werkzeug der Aktiengesellschaft, durch das sie ihren Willen, d.h. den Willen der Gesamtheit der Aktionäre, zum Ausdruck bringe. Das Reichsgericht

betonte, daß die Aktionäre in der Lage sein müßten, auf den Vorstand einzuwirken. Sie müßten in der Lage sein, den Vorstand zu zwingen, entsprechend ihrem Willen zu handeln, insbesondere die Beschlüsse der Generalversammlung auszuführen (§ 231 HGB a.F.).

Dies war bei der Rumänischen Eisenbahnen-Gesellschaft nicht mehr gewährleistet. Nach den Bestimmungen des Vertrages wurde der Vorstand allein von der rumänischen Regierung bestellt. Die Handlungen des Vorstandes waren vom Willen der Aktionäre völlig unabhängig. So waren z.B. nach den Bestimmungen des Vertrages Veräußerungen, Verpfändungen und die Aufnahme von Anleihen nicht an die Zustimmung der Generalversammlung gebunden. Den Aktionären in ihrer Gesamtheit stand kein Mittel zur Verfügung, um den Vorstand zur Durchführung von Generalversammlungsbeschlüssen zu zwingen, die gem. § 231 HGB a.F. verbindlich waren. Auch war die Generalversammlung nicht in der Lage, Mitglieder des Vorstandes abzurufen oder zu ernennen. Dieses Recht war allein der rumänischen Regierung vorbehalten. Formal hatte die Aktiengesellschaft zwar noch einen Vorstand, tatsächlich war dieser aber nicht mehr Organ der Gesellschaft in dem beschriebenen Sinne.

Die Bestimmungen des Vertrages führten also dazu, daß die Rumänische Eisenbahngesellschaft keine Organisation besaß, die den Mindestanforderungen des Aktienrechts entsprach. Das Reichsgericht entschied daher folgerichtig, daß der vollständige Entzug der Weisungsbefugnis der Hauptversammlung gegenüber dem Vorstand mit der Grundkonzept-

tion der Aktiengesellschaft nicht in Einklang zu bringen sei. Da dies selbst dann galt, wenn die Hauptversammlung den Kompetenzzug gebilligt hatte, ist in dieser Entscheidung ein erster Ansatz zum Schutz des Minderheitsaktionärs zu sehen.

3. Diskussion in Rechtsprechung und Literatur über den Schutz des Minderheitsaktionärs im ersten Drittel des 20. Jahrhunderts

Nachdem am Ende des 19. Jahrhunderts die Literatur die Probleme von Konzernbildungen aufgeworfen hatte, wurde zu Beginn des 20. Jahrhunderts die Diskussion über rechtliche Probleme der Konzernbildung fortgesetzt.

a. Konzernbegriff

Zunächst stand dabei der Konzernbegriff im Vordergrund. So stritt man darum, ob der Konzern als rechtliche Einheit zu verstehen sei (sog. Einheitstheorie)⁷, oder ob der Konzern nur in gewissen Beziehungen (z.B. im Steuer-, Kartell- und Vertragsrecht) eine Einheit bilde (sog. relativer Konzernbegriff).⁸ Da der relative Begriff auf der einen Seite verbundenen Unternehmen als Einheit verstand, auf der anderen Seite jedoch die rechtliche Selbständigkeit der Unternehmen durch die Relativierung des Begriffes

7 Isay, S. 96 f.

8 Friedländer, 1. Aufl., S. 42 f.

betonte, setzte sich der relative Konzernbegriff schließlich durch.⁹

b. Informationen der Aktionäre in der Obergesellschaft

Ein weiteres Problem war, ob der Vorstand der Obergesellschaft verpflichtet sein sollte, in der Hauptversammlung die Aktionäre über Geschäftsvorgänge der Tochtergesellschaft zu informieren. Das Reichsgericht nahm dazu im Goedhard-Fall Stellung.¹⁰

Die deutsche Aktiengesellschaft Gebrüder Goedhard war Aktionärin einer argentinischen Grundstücksgesellschaft. Diese Grundstücksgesellschaft gründete nun mit einem anderen Unternehmen eine neue Gesellschaft zur besseren Verwertung der Grundstücke. Dieses Unternehmen übertrug einen Teil der Grundstücke auf eine deutsche Bank, um Verbindlichkeiten gegenüber dieser Bank zu tilgen. Der Bank stand der Aufsichtsratsvorsitzende der Gebrüder Goedhard AG nahe.¹¹ Alle diese Vorgänge hatten im Geschäftsbericht der Goedhard AG keine Erwähnung gefunden. Das Reichsgericht¹² billigte dieses Vorgehen und verneinte damit die geforderte generelle Informationspflicht des Vorstandes über Aktivitäten der Tochtergesellschaft in der Hauptversammlung.

9 Vgl. Hommelhoff, S. 11/12.

10 RGZ 115, 332.

11 RGZ 115, 332

12 RG, a.a.O., S. 332.

Die Entscheidung des Reichsgerichts wurde heftig kritisiert. So wurde argumentiert, daß es nicht dem Geist der Aktiengesetzgebung entspräche, den Aktionären die Pflicht zur Frage über Geschäftsvorgänge in der Hauptversammlung aufzuerlegen.¹³ Durch die Geheimhaltung von Geschäftsvorgängen bei der Tochtergesellschaft könnten ertragreiche Geschäfte über die Tochtergesellschaft abgewickelt werden und somit den Aktionären der Muttergesellschaft verborgen bleiben. Dadurch sei es möglich, spätere Verluste der Muttergesellschaft durch Gewinnreserven der Tochtergesellschaft auszugleichen, um ein schlechtes Ergebnis der Muttergesellschaft zu korrigieren.¹⁴

c. Differenzierung von Beteiligungen

Ein weiteres Problem war, inwieweit Beteiligungen an anderen Unternehmen in der Bilanz der Muttergesellschaft aufzuführen waren. Das Reichsgericht hatte Gelegenheit, hierzu in dem Fall der Bayrischen Baumwollindustrie¹⁵ Stellung zu nehmen. Hier hatte eine Aktiengesellschaft, die bis auf eine sämtliche Kuxe einer bergrechtlichen Gewerkschaft hielt, nicht nur die Beteiligung an dieser Gewerkschaft, sondern auch noch zusätzliche, an die Gewerkschaft geleistete Aufwendungen in der Bilanz aufgeführt. Das Reichsgericht billigte dieses

13 Nußbaum JW 1927, 2986 , 2989 f.

14 Netter, S. 20 f.

15 RGZ 83, 172 f.

Vorgehen, stellte aber fest, daß die Aufwendungen und die Beteiligung gesondert ausgewiesen werden müßten, um klarzustellen, daß sie einer Tochtergesellschaft zugute kämen. Damit war festgestellt, daß Beteiligungen in der Bilanz gesondert - und damit für den Aktionär erkennbar - auszuweisen waren.

4. Untersuchungsprogramme zur Schaffung eines Konzernrechts

In den zwanziger Jahren prüfte die vom 34. Deutsche Juristentag beauftragte¹⁶ Aktienrechtskommission und die dritte Arbeitsgruppe innerhalb des Ausschusses zur Untersuchung der Erzeugungs- und Absatzbedingungen der deutschen Wirtschaft¹⁷, inwieweit konzernrechtliche Probleme durch Umgestaltung des Aktienrechts zu lösen seien. Diese Untersuchungen fanden ihren Höhepunkt in den Fragebögen I und VII des Reichsjustizministeriums.¹⁸ Die Fragebögen waren Teil eines Fragenkatalogs, mit dem das Reichsjustizministerium selbst seine Vorarbeiten für ein neues Aktienrecht abschloß.¹⁹

16 Siehe Verhandlungen des 34. DJT, II. Band, S. 798.

17 Ausschuß zur Untersuchung der Erzeugungs- und Absatzbedingungen der dt. Wirtschaft (Hrsg.), I. Untersuchungsausschuß, 3. Arbeitsgruppe, Dritter Teil.

18 Abgedruckt in: Deutscher Anwaltverein, Zur Reform des Aktienrechts.

19 Vgl. Hommelhoff, S. 13.

a. Dritte Arbeitsgruppe innerhalb des Ausschusses zur Untersuchung der Erzeugungs- und Absatzbedingungen der deutschen Wirtschaft

Die dritte Arbeitsgruppe stellte bezüglich der Konzernisierungsfolgen für die Muttergesellschaft vier Problemkreise vor.²⁰ Gemäß § 226 HGB a.F. war es nicht möglich, daß die Muttergesellschaft bei Kapitalerhöhungen ihre eigenen Aktien zeichnete. Die dritte Arbeitsgruppe fragte nun, ob es nicht dem Sinn und Zweck des § 226 HGB a.F. entspräche, der Tochtergesellschaft zu verbieten, Anteile an der Muttergesellschaft oder an anderen Tochtergesellschaften im Konzernverbund zu erwerben.²¹

Gemäß § 252 Abs. 3 HGB a.F. war es einer Gesellschaft verboten, mit eigenen Aktien in ihrer Generalversammlung selbst abzustimmen. Die dritte Arbeitsgruppe stellte nun zur Diskussion, ob sich die Tochtergesellschaft mit Aktien der Muttergesellschaft in deren Generalversammlung an der Abstimmung beteiligen dürfe.²²

Den dritten Problemkreis bildete das Bilanzrecht. Hier sah die dritte Arbeitsgruppe eines der dringendsten Probleme. Es bestand bei verbundenen Unternehmen die Möglichkeit, Gewinne auf eine Tochtergesellschaft zu verlagern. Auf diese Weise konnten dort stille Rücklagen gebildet werden, die das wahre

20 3. Arbeitsgruppe, S. 74 f.

21 3. Arbeitsgruppe, S. 74.

22 3. Arbeitsgruppe, S. 75.

Ergebnis der Muttergesellschaft 'verschlei-
erten. Daher verlangte die dritte Arbeits-
gruppe eine erhöhte Publizitätspflicht der
Muttergesellschaft gegenüber ihren Aktionä-
ren. Sie forderte vor allem, daß die Mut-
tergesellschaft ihre Aktionäre über Aktivi-
täten der Tochtergesellschaft zu informieren
habe.²³

Der letzte Problembereich, mit dem sich
die Arbeitsgruppe beschäftigte, war der Ab-
schluß von Interessengemeinschaftsverträgen.
Durch solche Verträge wurden Gewinne der
Vertragspartner zusammengefaßt und später
nach einer vorher festgelegten Quote wieder
verteilt. Fraglich war nun, ob eine Zustim-
mung der Generalversammlung zu diesen Inte-
ressengemeinschaftsverträgen erforderlich
sein sollte. Eine gesetzliche Grundlage
konnte in § 253 Abs. 2 HGB a.F. gesehen wer-
den. Diese Vorschrift legte fest, daß eine
Zustimmung der Generalversammlung dann ein-
geholt werden mußte, wenn das Interesse der
Gesellschaft dies erforderte. Da § 253 Abs.
2 HGB a.F. allerdings zu unbestimmt war,
verlangte die dritte Arbeitsgruppe eine aus-
drückliche Regelung im Aktienrecht, daß In-
teressengemeinschaftsverträge der Zustimmung
der Generalversammlung bedürften.²⁴

23 3. Arbeitsgruppe, S. 75/76.

24 3. Arbeitsgruppe, S. 78.

b. Aktienrechtskommission des 34. Deutschen Juristentages

Die Aktienrechtskommission des 34. Deutschen Juristentages warf in ihrem Bericht ebenfalls die Frage auf, ob der Abschluß eines Interessengemeinschaftsvertrages von der Generalversammlung zu genehmigen sei. Sie forderte ebenfalls, ein gesetzliches Zustimmungserfordernis zu schaffen.²⁵

Darüber hinaus befaßte sich die Kommission mit der Frage, ob das Aktienrecht eine haftungsrechtliche Generalklausel enthalten solle. Die Frage wurde bejaht. Die Kommission schlug die folgende Generalklausel vor:

„Die Ausübung des Stimmrechts ist unzulässig, wenn der Aktionär durch diese unter Verletzung der offenbaren Interessen der Gesellschaft gesellschaftsfremde Vorteile für sich oder einen Dritten verfolgt. Der Abstimmende haftet der Gesellschaft gegenüber für den durch seine Abstimmung herbeigeführten Schaden, soweit ihm dabei Vorsatz zur Last fällt. Auf die Ansprüche der Gesellschaft findet § 268 Abs. 1 Anwendung.“²⁶

Die Vorschrift sollte ein Ersatz für das bisher geltende Stimmrechtsausübungsverbot der Muttergesellschaft in ihrer eigenen Generalversammlung gemäß § 252 Abs. 3 HGB a.F.

25 Aktienrechtskommission, S. 42/43.

26 Aktienrechtskommission, S. 27.

sein.²⁷ Sie sollte nach Ansicht der Aktienrechtskommission nicht nur vor Einflußnahmen der Tochtergesellschaft auf die Muttergesellschaft, sondern darüber hinaus auch vor Mißbrauch durch die Gesellschafterminderheit schützen.²⁸ Die Idee der Generalklausel stammte aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch; als Vorbild diente § 826 BGB. Die Aktienrechtskommission forderte eine spezielle gesellschaftsrechtliche Mißbrauchsformel, weil § 826 BGB für ungeeignet und nicht ausreichend angesehen wurde, um einen umfangreichen Schutz der Aktionäre zu gewährleisten. Die Kommission war der Auffassung, daß eine besondere Generalklausel dem Mißbrauch aktienrechtlicher Institutionen wirksam entgegenzutreten könne.²⁹

Diesen Überlegungen wurde entgegengehalten, daß Aktionäre aufgrund einer Generalklausel immer befürchten müßten, für ihre Mitwirkung bei einem Generalversammlungsbeschuß mitverantwortlich gemacht zu werden. Die Klausel beschwöre darüber hinaus einen Streit über die objektive Richtigkeit der betreffenden Handlung oder Unterlassung herauf. Zudem zerstöre sie den Grundsatz der beschränkten Haftung des Aktionärs.³⁰ Gleichwohl stimmte der Deutsche Anwaltsverein dem Vorschlag einer Generalklausel durch die Aktienrechtskommission des Deutschen Juristentages zu. Er hielt die Klausel

27 Aktienrechtskommission, S. 30.

28 Aktienrechtskommission, S. 27.

29 Aktienrechtskommission, S. 29.

30 Aktienrechtskommission, S. 28/29.

aufgrund der verstärkten Konzernbildung für notwendig. Unter diesem Gesichtspunkt forderte er sogar eine Ergänzung der Klausel. Schadensersatz sei über die schädigende Stimmabgabe hinaus zu leisten, wenn ein Aktionär, ein Mitglied des Vorstandes oder des Aufsichtsrates zu einem vorsätzlichen Handeln zum Schaden der Gesellschaft bestimme.³¹

c. Fragebögen IV und VII des Reichsjustizministeriums

In seinem Fragebogen VII stellte das Reichsjustizministerium eine Reihe von Fragen zu Problemen des Konzernrechts. Vordringlich ging es um das Verhältnis von Vertrags- und Satzungsrecht. Auch das Reichsjustizministerium wollte klären, ob einzelne gesetzliche Regelungen geschaffen oder anhand einer Generalklausel von Einzelfall zu Einzelfall entschieden werden sollte. Das Reichsjustizministerium fragte daher: "Empfehlen sich gesetzliche Vorschriften, durch die klargestellt wird, in welchem Umfange die Rechte der Aktionäre durch konzernmäßige Bindungen eingeschränkt werden dürfen? Gegebenenfalls nach welcher Richtung? Oder kommt eine solche Regelung nicht in Betracht, weil derartige Konflikte nicht nach einheitlichen Gesichtspunkten,

31 Deutscher Anwaltverein, II. Teil, S. 75.

sondern nur durch Entscheidung von Fall zu Fall gelöst werden können?"³²

Weiter beschäftigte sich das Reichsjustizministerium mit der Frage, ob den Aktionären der Muttergesellschaft das Recht gegeben werden sollte, auf Vorgänge in der Tochtergesellschaft unmittelbar Einfluß zu nehmen. Es wurde erwogen, den Aktionären die Befugnis zu geben, Revisoren zu bestellen, die die Bildung stiller oder offener Rücklagen bei der Tochtergesellschaft überprüfen durften.³³ Darüber hinaus wurde zur Diskussion gestellt, ob die Revisoren der Aktionäre befugt sein sollten, den Lieferverkehr zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft zu kontrollieren³⁴, oder ob einer qualifizierten Aktienminderheit das Recht eingeräumt werden sollte, die Einsetzung von Revisoren bei Gericht zu beantragen.³⁵ Eine Stellungnahme wurde auch erbeten zu der Frage, ob es einer qualifizierten Minderheit möglich sein solle, die Anordnung von Abschreibungen und Rückstellungen der Tochtergesellschaft anzufechten.³⁶ Diese Fragen zielten darauf ab, die Position des Minderheitaktionärs in der Obergesellschaft, die durch die Konzernbildung erheblich geschwächt wurde, zu verbessern.

32 Fragebogen VII, S. 61.

33 Fragebogen VII Nr. 21, S. 63.

34 Fragebogen VII Nr. 22, S. 63.

35 Fragebogen VII Nr. 21, S. 63.

36 Fragebogen VII Nr. 20, S. 63.

In engem Zusammenhang damit stehen - wie bereits oben erläutert - die Vorschläge zur Verbesserung der Information der Aktionäre der Obergesellschaft über Geschäftsvorgänge in der Tochtergesellschaft. Mit diesem Komplex befaßte sich Fragebogen V des Reichsjustizministeriums. Zunächst wurde gefragt, ob sich die Anordnung einer Berichterstattung über Tochtergesellschaften mit der Erwägung rechtfertigen ließe, Vermögensgegenstand und Verhältnisse der Muttergesellschaft würden durch Vermögensgegenstand und Verhältnisse der Tochtergesellschaft beeinflusst.³⁷ Auch wurde gefragt, ob eine Offenlegung des gesamten Geschäftsverkehrs zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft notwendig sei.³⁸ Alternativ dazu wurde gefragt, ob die Offenlegungspflicht in der Weise einzugrenzen sei, daß der Vorstand der Muttergesellschaft über die Tochtergesellschaft nur insoweit zu berichten habe, als dies zur Beurteilung des Vermögensgegenstandes und der Verhältnisse der Muttergesellschaft erforderlich sei.³⁹

5. Gesamtbetrachtung

Die Entwicklung des Konzernrechts bis 1931 zeigt zum einen, daß es zunächst darum ging, den Konzern als rechtliches Phänomen zu erfassen und die aktienrechtlichen Fragestellungen zu erkennen. Zum anderen ist

37 Fragebogen V Nr. 63, S. 10.

38 Fragebogen V Nr. 65, S. 11.

39 Fragebogen V Nr. 66, S. 11.

festzuhalten, daß bereits zu Beginn der Konzernrechtsdiskussion in Deutschland gerade die Verbesserung des Schutzes der Minderheitsaktionäre in der Obergesellschaft gefordert wurde.

II. Die Aktienrechtsnovelle von 1931 und die Reform des Aktienrechts von 1937

Nachdem erkannt worden war, welche rechtlichen Probleme Konzernbildungen mit sich bringen konnten, ging es in den dreißiger Jahren darum, diese Probleme durch gesetzliche Normierungen zu lösen. Dies geschah in zwei Schritten. Zunächst wurde 1931 das Aktienrecht novelliert; einige gesetzliche Vorschriften des noch im Handelsgesetzbuch normierten Aktienrechts wurden geändert bzw. ergänzt. 1937 wurde dann das Aktienrecht gänzlich reformiert; es wurde aus dem Handelsgesetzbuch ausgelagert und in einem eigenständigen Gesetz, dem Aktiengesetz, umfassend geregelt.

1. Konzernbegriff

Der Reichsfinanzhof definierte 1930 den Konzern als ein Unternehmen, das "unter einheitlicher Leitung steht und dessen einzelne Teile als autonome Einheiten aus sich selbst nicht mehr begriffen werden können, so daß zur Erklärung ihrer Stellung in der Gesamtwirtschaft eine Bezugnahme auf die planmäßig

aufgebauten Konzerne notwendig ist".⁴⁰ Die Aktienrechtsnovelle von 1931 definierte den Begriff des Konzerns nicht. Gleichwohl hatte die Novelle Einfluß auf die weitere Entwicklung, verwandte sie doch die Begriffe "herrschende" und "abhängige" Gesellschaft in den §§ 226, 260a, 261a, HGB 1931.⁴¹ 1937 wurde dann in § 15 AktG 1937 festgestellt, daß ein herrschendes und eine oder mehrere abhängige Gesellschaften, die unter einheitlicher Leitung stehen, einen Konzern bilden. Diese Definition bildete einen Oberbegriff für Unternehmenszusammenschlüsse und umfaßte somit auch Beteiligungen aufgrund von Pacht- und Betriebsüberlassungsverträgen, Gewinngemeinschaften und sonstigen Interessengemeinschaften. Entscheidend war nur das nach der Verkehrsauffassung zu bestimmende Herrschafts- und Abhängigkeitsverhältnis.⁴²

2. Vorschriften, die das Abhängigkeitsverhältnis betreffen

§ 226 Abs. 4 S. 2 HGB 1931 verbot abhängigen Unternehmen, als Gründer, Zeichner oder in Ausübung eines Bezugsrechts Aktien des herrschenden Unternehmens zu übernehmen; § 226 Abs. 4 S. 1 HGB 1931 untersagte den Erwerb von Aktien der Mutter- durch die

40 Abgedruckt bei: Gadow/Heinichen, § 15 Anm. 2.

41 Vgl. Friedländer, 2. Aufl., S. 151; Gadow/Heinichen, § 15 Anm. 1.

42 Rasch, S. 22; Friedländer, 2. Aufl., S. 115.

Tochtergesellschaft.⁴³ Diese Vorschriften wurden in das Aktiengesetz von 1937 übernommen (§§ 51 Abs. 2, 65 Abs. 5 AktG 1937). Sie bezweckten den Schutz des Minderheitsaktionärs der Muttergesellschaft. So sollte verhindert werden, daß Aktien der Muttergesellschaft von der Tochtergesellschaft erworben und so verschleierte Zuwendungen an Einzelne vorgenommen werden konnten. Eine Ungleichbehandlung der Minderheitsaktionäre sollte erschwert bzw. ausgeschaltet werden und eine ersatzlose Verringerung des Gesellschaftsvermögens sollte vermieden werden.⁴⁴

§ 240a Abs. 1 S. 2 HGB 1931 bzw. § 80 Abs. 1 S. 3 AktG 1937 verboten Kreditgewährungen an Vorstandsmitglieder abhängiger oder herrschender Unternehmen. Auf diese Weise wollte man verhindern, daß sich Vorstandsmitglieder persönlich Vorteile durch die Verquickung der Unternehmen verschaffen konnten. § 114 Abs 6 AktG 1937 schloß die Stimmrechtsausübung für Aktien aus, die einer Aktiengesellschaft, einem abhängigen Unternehmen oder einem anderen für Rechnung einer Aktiengesellschaft oder eines abhängigen Unternehmens gehörten. In Handelsgesetzbuch von 1931 war eine entsprechende Vorschrift nicht vorhanden. § 114 Abs. 4 AktG 1937 knüpfte an das schon vor 1931 in § 252 Abs 3 HGB a.F. enthaltene Verbot an, daß eine Gesellschaft mit eigenen Aktien in ihrer Generalversammlung nicht abstimmen

43 Vgl. oben I. 4. a).

44 Hommelhoff, S. 22.

darf.⁴⁵ Um eine effektive Kontrolle von Vorstand und Aufsichtsrat zu ermöglichen, wurden durch § 137 Abs. 2 AktG 1937 Mitglieder des Vorstandes oder des Aufsichtsrates oder Angestellte einer herrschenden oder abhängigen Gesellschaft von der Wahl und Bestellung von Abschlußprüfern in der Generalversammlung ausgeschlossen. Auch hierfür fehlte eine Entsprechung im Handelsgesetzbuch von 1931.

3. Weitere Regelungen der Aktienrechtsnovelle von 1931 und des Aktiengesetzes von 1937 für Konzernunternehmen

Durch § 246 HGB 1931 bzw. § 95 Abs. 2 S. 1 AktG 1937 wurde dem Aufsichtsrat die Möglichkeit verschafft, sich vom Vorstand über Beziehungen zu einem Konzernunternehmen berichten zu lassen. Darüber hinaus wurde die im Vorfeld der gesetzlichen Regelung geforderte Informationspflicht des Vorstandes gegenüber den Aktionären⁴⁶ erheblich verstärkt. So hatte der Vorstand gemäß § 112 Abs. 1 S. 2 AktG 1937⁴⁷ die Aktionäre über Beziehungen zu einem Konzernunternehmen zu unterrichten. Er mußte zudem im Geschäftsbericht gem. § 228 Abs. 2 HGB nicht nur den Vermögensstand und die rechtlichen Verhältnisse seiner eigenen Gesellschaft darlegen, sondern auch von jedem anderen Unternehmen,

⁴⁵ Siehe auch I. 4. a).

⁴⁶ Vgl. oben I. 3. c), 4. a)

⁴⁷ Eine entsprechende Vorschrift gab es im Handelsgesetzbuch 1931 nicht.

soweit dieses die Verhältnisse der eigenen Gesellschaft beeinflusste. Eine ähnliche Vorschrift zur Informationspflicht im Geschäftsbericht sah bereits § 260a Abs. 2 HGB 1931 vor. Jedoch war dort nur gefordert, daß über die Beziehungen zu einer anderen Gesellschaft zu berichten sei. Der Vorstand war also nach dem Gesetzeswortlaut nicht verpflichtet über die Gesellschaft selbst und deren Verhältnisse zu informieren.⁴⁸

Die Informationspflicht wurde verstärkt durch den gesonderten Ausweis von Forderungen und Verbindlichkeiten gegenüber Konzernunternehmen.⁴⁹

4. Generalklausel

Die im Vorfeld der Aktienrechtsreform viel diskutierte Generalklausel⁵⁰ wurde in § 101 AktG 1937 verwirklicht.⁵¹ Jedoch richtete sich im Gegensatz zu den Vorschlägen der Aktienrechtskommission des Deutschen Juristentages und des Deutschen Anwaltsvereins⁵² die Regelung in § 101 AktG 1937 nicht an die Aktionäre; vielmehr wurde jedermann verboten, Einfluß auf Vorstand und

48 Hommelhoff, S. 23.

49 Gem. §§ 261 a I Aktiv IV Nr. 9, Passiv V Nr. 5 HGB 1931, 131 Aktiv III Nr. 9, Passiv V Nr. 7 AktG 1937.

50 S.o. I. 4. b).

51 Bei der Novelle von 1931 fand die Generalklausel keine Berücksichtigung.

52 S.o. I. 4. b).

Aufsichtsrat zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre zu nehmen. Zur Begründung der Erweiterung des Adressatenkreises verwies man nicht nur auf die Treuepflicht des Aktionärs, sondern auch auf die mißbräuchliche Verwendung des Kapitals gem. § 266 HGB.⁵³ Die Regelung stellte einen Rückschritt dar, da sie aufgrund der allgemeinen Adressatenkreises nun nicht - wie ursprünglich vorgeschlagen⁵⁴ - eine auf wirtschaftliche Konflikte angepaßte Spezialregelung des § 826 BGB war, sondern wie § 826 BGB ein ganz allgemeines Verbot normierte, das dem Minderheitsaktionär nur wenig Schutz bot.⁵⁵

Zusätzlich wurde die Regelung durch Abs. 3 des § 101 AktG 1937 ausgehöhlt⁵⁶; danach sollte die Verfolgung gesellschaftsfremder Sondervorteile dann keine Schadensersatzpflicht auslösen, wenn der Vorteil schutzwürdigen Belangen der Gesellschaft diene.

5. Gesamtbetrachtung

Die im ersten Abschnitt der Entwicklung des Konzernrechts aufgeworfenen Probleme des Schutzes des Minderheitsaktionärs in der Obergesellschaft wurden zum Teil gelöst,

53 Vgl. auch die Begründung zu §§ 100, 101, abgedruckt bei Klausing, S. 87.

54 S.o. I. 4. b).

55 Hommelhoff, S. 27.

56 Hommelhoff, S. 27; Gessler, DB 1965, 1691; Kropff, BB 1965, 1281, 1282.

indem entsprechende gesetzliche Normierungen geschaffen wurden. Es wurde vor allem der geforderten Verbesserung der Informationspflicht des Aktionärs Genüge getan.⁵⁷

Darüber hinaus blieben aber eine Reihe von Fragen auf der Ebene der Muttergesellschaft offen. So war weiterhin streitig, ob der Vorstand der Konzernmutter das Kapital der Tochtergesellschaft erhöhen durfte, ohne die Aktionäre der Muttergesellschaft einzuschalten.⁵⁸ Es blieb auch offen, ob der Vorstand frei darin war, die Leitung der Tochtergesellschaft zu einer bestimmten Rücklagenbildung anzuhalten.⁵⁹ Weiterhin ungeklärt war, ob die Aktionäre der Muttergesellschaft es hinzunehmen hatten, daß eine Tochtergesellschaft Geschäfte außerhalb des statuarischen Unternehmensgegenstandes der Mutter führte.⁶⁰ Schließlich fehlte eine Klärung der Frage, ob die Aktionäre der Muttergesellschaft machtlos zuzusehen hatten, wenn die Tochtergesellschaft mit einem dritten Unternehmen eine Interessengemeinschaft einging, durch die der Erfolg der Muttergesellschaft geschmälert wurde.⁶¹

57 S.O. II. 3.

58 Wieland, S. 383.

59 Schlegelberger, § 260a HGB Anm. 8 sub. d.

60 Schlegelberger, a.a.O.

61 Schlegelberger, a.a.O.

III. Weitere Entwicklung bis zur Aktienrechtsreform von 1965

1. Diskussion nach dem Zusammenbruch der deutschen Wirtschaft von 1945

Nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges strebten die Alliierten eine Dekonzentration der deutschen Wirtschaft an. Unternehmensgebilde wie die IG-Farben, die Vereinigten Stahlwerke, Großbanken, der UFA-Konzern, aber auch Einzelunternehmen wie Robert Bosch und die Reemtsma-GmbH wurden aufgelöst.⁶² Zur Förderung des Wettbewerbs unter den Aktiengesellschaften wollte insbesondere Frankreich 1947 das deutsche Gesellschaftsrecht novellieren. Die französischen Vorschläge fanden jedoch keine Unterstützung und wurden daher nicht verwirklicht.⁶³

2. Verzicht auf ein umfassendes Konzernrecht in einem Rahmengesetz

Wichtige Anstöße für die Weiterentwicklung des deutschen Konzernrechts kamen in den sechziger Jahren aus Frankreich. Frankreich beabsichtigte 1964, sein Gesellschaftsrecht umfassend zu reformieren. Es wurde überlegt, ob im Rahmen dieser Reform das Konzernrecht in ein Rahmengesetz für alle Unternehmensformen eingeordnet werden

62 Friedländer, 2. Aufl., S. 12; Emmerich/Sonnenschein, § 1 A II.

63 Vgl. Großfeld, Aktiengesellschaft, S. 158.

könne. Der Gedanke, ein Rahmengesetz für Konzerne zu schaffen und das Konzernrecht damit aus dem Aktienrecht auszulagern, wurde in Deutschland aufgegriffen. Da ein solches Gesetz jedoch eine Vielzahl von Streitfragen behandeln mußte, war es unvorstellbar, das Vorhaben in einer Legislaturperiode des Deutschen Bundestages zu realisieren. Folglich wurde aus praktischen Gründen die Konzeption eines Rahmengesetzes nicht weiterverfolgt.⁶⁴

Darüber hinaus hätte die Schaffung eines Rahmengesetzes allein die Probleme nicht lösen können. Das Hauptproblem bestand ja nicht in der entsprechenden Anwendung der geltenden Normen des Aktiengesetzes 1937 auf andere Gesellschaftsformen, sondern in der Tatsache, daß bestimmte Probleme gar nicht gesetzlich geregelt worden waren.⁶⁵ Daher ließ man auch aus diesem Grunde die Idee eines Rahmengesetzes für das Konzernrecht wieder fallen.

3. Untersuchungen der Studienkommission des Deutschen Juristentages von 1955

Eine Studienkommission des Deutschen Juristentages legte 1955 einen Bericht über Untersuchungen zur Reform des Unternehmensrechts vor. In dem Abschnitt über das Konzernrecht thematisierte die Kommission dabei drei Fragenkomplexe:

⁶⁴ Kropff, BB 1965, 1281.

⁶⁵ Studienkommission, S. 51.

- (1) Die Möglichkeiten eines verstärkten Schutzes der konzernfreien Anteilseigner, und zwar sowohl nach Aktien- wie nach GmbH-Recht;
- (2) die Frage, inwieweit das Elementarprinzip jeder rechtlichen Organisation, Leitungsbefugnis und Verantwortlichkeit aufeinander abzustimmen, im Verhältnis von Konzernspitze zu Gliedgesellschaft stärker als bisher zur Geltung gebracht werden kann;
- (3) die mit dem Bilanz-, Berichts- und Prüfungsrecht zusammenhängenden Fragen.⁶⁶

Die Fragen (1) und (3) berührten keine neuen Problemkreise. Sie wurden bereits Ende der zwanziger Jahre erkannt und in die Diskussion eingebracht.⁶⁷ Frage (2) betraf dagegen einen neuen, bisher nicht behandelten Aspekt. Die Studienkommission wollte darlegen, daß die Konzernleitung, die auf die Geschicke der abhängigen Gesellschaft Einfluß nimmt, zu sorgfältigem Handeln verpflichtet sei.⁶⁸

Bei Verletzung dieser Sorgfaltspflicht sollte die abhängige Gesellschaft einen organhaftungsrechtlichen Schadensersatzanspruch gegen Mitglieder der Konzernleitung erhalten.⁶⁹

66 Studienkommission, S. 51.

67 S.o. I. 4.

68 Studienkommission, S. 51.

69 Studienkommission, S. 55.

Mit Frage (3) sprach die Kommission die Problematik der Informationspflichten des Vorstandes der Muttergesellschaft gegenüber ihren Aktionären an. Die Studienkommission verlangte eine Erweiterung dieser Informationspflicht. Sie forderte, daß die Konzernmuttergesellschaft zusätzlich zur Bilanz ihrer eigenen Gesellschaft eine konsolidierte Konzernbilanz aufstellen und publizieren müsse.⁷⁰ Die Studienkommission verwies hierbei auf entsprechende positive Erfahrungen bei der Aufstellung eines Konzernabschlusses in den USA, in England und in der Schweiz.⁷¹

Die Untersuchungen des Deutschen Juristentages zur Entwicklung des Konzernrechts haben nicht nur neue Akzente für das Konzernrecht gesetzt, sondern auch Niederschlag in der Aktienrechtsreform von 1965 gefunden.

70 Studienkommission, S. 55.

71 Studienkommission, S. 56.

B. Gesetzliche Regelung des Konzernrechts

I. Überblick

Das Recht der verbundenen Unternehmen, das Konzernrecht, hat im Aktiengesetz von 1965 zum ersten Mal in der deutschen Geschichte eine detaillierte Regelung erfahren. Dazu gehören neben einigen Vorschriften im allgemeinen Teil des ersten Buches (§§ 15-22 AktG), die im wesentlichen Definitionen bezüglich verschiedener Unternehmensbeteiligungsformen enthalten, als Kernstück die §§ 291-337 im Dritten Buch, das den Titel "verbundene Unternehmen" trägt. Das Dritte Buch unterscheidet zwischen Regelungen im Zusammenhang mit Unternehmensverträgen (§§ 291-310 AktG) und solchen, die an den sogenannten "faktischen Konzern" anknüpfen (§§ 311-318 AktG). Ferner finden sich dort Vorschriften zu "angegliederten Gesellschaften", "wechselseitig beteiligten Unternehmen" sowie zur "Rechnungslegung im Konzern".⁷²

Die folgenden Ausführungen sind darauf beschränkt, diejenigen Vorschriften zu erläutern, die im Rahmen der §§ 291 f AktG den Schutz der Aktionäre in der Unter- und Obergesellschaft zum Ziel haben. Im Anschluß an die Darstellung der Rechtslage soll jeweils der Frage nachgegangen werden, ob

⁷² Zur Konzernrechnung enthält allerdings seit dem Bilanzrichtliniengesetz von 1985 das HGB in den §§ 290 ff. den Großteil der maßgeblichen Vorschriften.

und wie sich diese Regelungen in der Praxis bewährt haben. Dabei wird - die rechtliche und tatsächliche Zweiteilung aufgreifend - zunächst auf die Schutzvorschriften im Vertragskonzern, dann auf diejenigen im faktischen Konzern eingegangen.

II. Schutzvorschriften im Vertragskonzern

Das Aktiengesetz nennt in den §§ 291, 292 fünf verschiedene Arten von Unternehmensverträgen. Der sich verpflichtende Teil ist dabei notwendigerweise eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien. Die wichtigsten Vertragsarten sind:

- der Beherrschungsvertrag, durch den die Gesellschaft ihre Leistung einem anderen Unternehmen unterstellt (§ 291 Abs. 1 S. 1 1. Alt.) und
- der Gewinnabführungsvertrag, durch den sich die Gesellschaft verpflichtet, ihren ganzen Gewinn an ein anderes Unternehmen abzuführen oder ihr eigenes Unternehmen für Rechnung eines anderen Unternehmens zu führen (§ 291 Abs. 1 S. 1 2. Alt. S. 2).

Daneben wird die Gewinngemeinschaft genannt, die die Aufteilung eines gemeinschaftlichen Gewinns verschiedener Unternehmen beinhaltet (§ 292 Abs. 1 Nr. 1 AktG), ferner der Teilgewinnabführungsvertrag (§ 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG) und der Betriebspacht- oder Betriebsüberlassungsvertrag

(§ 292 Abs. 1 Nr.3 AktG).⁷³ Mit diesen Verträgen sind verschiedene gesetzliche Regelungen zum Schutz der Aktionäre der Unter- bzw. Obergesellschaft verbunden.

1. Gesetzliche Regelungen bezüglich der Aktionäre der Untergesellschaft

Das Gesetz sieht sowohl besondere Mitverwaltungsrechte als auch vermögensrechtliche Ansprüche zum Schutz der Aktionäre der Untergesellschaft vor.

a. Mitverwaltungsrechte

aa. Beim Abschluß eines Unternehmensvertrages

§ 293 Abs. 1 AktG verlangt zunächst die Zustimmung der Hauptversammlung der abhängigen Gesellschaft zum Abschluß eines Unternehmensvertrages.⁷⁴ Der Beschluß bedarf einer Mehrheit von 3/4 des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals. Wie sich aus § 293 Abs. 1 S. 3 AktG ergibt, können in der Satzung die Anforderungen an die Beschlußfassung nur noch - zugunsten der Minderheitsaktionäre - erschwert werden.

§ 293 Abs. 1 AktG stellt also eine Verschärfung des Grundsatzes der einfachen

73 Zu weiteren Einzelheiten, insbesondere auch zum umstrittenen Unternehmensbegriff vgl. Werner, JuS 1977, 141 ff.

74 Zur Diskussion um die Zustimmung des Aufsichtsrats vgl. Claussen, Die AG 1983, 1, 12.

Stimmenmehrheit (§ 133 Abs. 1 AktG) dar und verhindert vor allem, "daß die Inhaber von Mehrstimmrechtsaktien ohne die erforderliche Kapitalmehrheit den Beschluß allein herbeiführen".⁷⁵ Auf der anderen Seite erhalten die Minderheitsaktionäre die Möglichkeit, sich zu einer Sperrminorität von 1/4 zusammenzuschließen, um den Vertrag zu blockieren oder für sie günstigere Bedingungen zu erzwingen.⁷⁶

Um eine ausreichende Publizität und eine möglichst umfassende Information der Aktionäre sicherzustellen, verlangt zunächst § 293 Abs. 3 S. 1 AktG für den Vertrag Schriftform. Des weiteren ist der Vertrag in dem Geschäftsraum der Gesellschaft zur Einsicht der Aktionäre auszulegen, und jedem Aktionär ist auf dessen Verlangen unverzüglich eine Abschrift zu erteilen (Satz 2 und 3), gegebenenfalls auch zuzuwenden.⁷⁷

Von besonderer Bedeutung ist für den Aktionär auch die im Gesetz vorgeschriebene Erläuterung des Vertrages durch den Vorstand (§ 293 Abs. 3 S. 5 AktG). Nur so kann sich jeder Aktionär ein zutreffendes Bild von den Auswirkungen des beabsichtigten Vertrages machen. Die Erläuterung muß neben dem Zweck des Vertrages auch die mit ihm verbundenen

75 Emmerich/Sonnenschein, § 6 II 1 a.

76 Beuthien, S. 54; zu Reformüberlegungen vgl. Claussen, Die AG 1983, 1, 13.

77 Beuthien, S. 54.

Vor- und Nachteile enthalten.⁷⁸ Letztlich ist ein eigenes Urteil der Aktionäre aber nur dann möglich, wenn der Vorstand auch diejenigen Daten offenlegt, die den Vertrag aus seiner Sicht für angemessen erscheinen lassen.⁷⁹

Das Auskunftsrecht der Aktionäre wird zudem beim Abschluß eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages dahin erweitert, daß der Vorstand ihnen auch über alle für den Vertragsschluß wesentlichen Angelegenheiten des anderen Unternehmens Auskunft erteilen muß. Dies betrifft u.a. die Vermögens- und Ertragslage sowie die wichtigsten Bilanzkosten des herrschenden Unternehmens.⁸⁰

Zur Durchsetzung seiner Auskunftsrechte steht dem Aktionär der Antrag auf gerichtliche Entscheidung gemäß § 132 AktG zu. Ferner können Beschlüsse, die unter Verstoß gegen die genannten Auskunftspflichten zustande gekommen sind, gemäß §§ 243 Abs. 1 und Abs. 4, 245 AktG angefochten werden.⁸¹

Hingewiesen sei an dieser Stelle noch auf die Eingliederung als besondere Form eines Unternehmensvertrages. Nach §§ 319, 320 AktG

78 Geßler, § 293 Rdnr. 71; Kölner Komm.-Biedenkopf/Koppensteiner, § 293 Rdnr. 18.

79 Emmerich/Sonnenschein, § 6 A III 2.

80 Emmerich/Sonnenschein, § 6 A III 3; Geßler, § 293 Rdnr. 74.

81 Geßler, § 293 Rdnr. 78; GroßK.-Würdinger, § 293 Anm. 12.

ist die Eingliederung einer Aktiengesellschaft in eine andere Aktiengesellschaft in zwei Fällen möglich: zum einen, wenn sich alle Aktien der einzugliedernden Gesellschaft in der Hand der zukünftigen Hauptgesellschaft befinden (§ 319 Abs. 1 S. 1 AktG); zum anderen, wenn dies im Umfang von 95% des Grundkapitals der einzugliedernden Gesellschaft der Fall ist (§ 320 Abs. 1 S. 1 AktG). In beiden Fällen sieht das Gesetz als Voraussetzung die Zustimmung der Hauptversammlung der einzugliedernden Gesellschaft - jedoch ohne besondere Mehrheitserfordernisse - vor (§§ 319 Abs. 1, 320 Abs. 1 AktG).

bb. Bei Änderung, Aufhebung oder Kündigung eines Unternehmensvertrages

Die Änderung eines Unternehmensvertrages unterliegt den gleichen Erfordernissen wie dessen Abschluß, bedarf also namentlich der Zustimmung durch die Hauptversammlung (§ 295 Abs. 1 S. 1 AktG). Dadurch soll verhindert werden, "daß die Vertragspartner bei Vertragsschluß nicht durchsetzbare Regelungen nachträglich doch noch ohne Mitwirkung der Hauptversammlungen und damit der außenstehenden Aktionäre in den Vertrag aufnehmen".⁸²

Sowohl bei der Änderung wie auch bei Aufhebung und Kündigung des Vertrages bedarf es zudem eines Sonderbeschlusses der außenste-

82 Emmerich/Sonnenschein, § 6 B I.

henden Aktionäre⁸³, sofern es sich um einen Vertrag handelt, der zur Leistung eines Ausgleichs an die außenstehenden Aktionäre oder zum Erwerb ihrer Aktien verpflichtet (§§ 295 Abs. 2, 296 Abs. 2, 297 Abs. 2 AktG).⁸⁴ Erforderlich ist eine Mehrheit von mindestens 3/4 des Grundkapitals der außenstehenden Aktionäre. Ziel der Regelung ist es, eine Verschlechterung der Ausgleichs- und Abfindungsansprüche der Aktionäre gemäß §§ 304, 305 AktG durch die Obergesellschaft zu verhindern.⁸⁵ Eine Änderung oder Beendigung des Vertrages mittels der Weisungsbefugnis des herrschenden Unternehmens wird schließlich durch § 299 AktG ausgeschlossen.

cc. Bei der Geltendmachung von Schadenersatz- und Verlustübernahmeansprüchen

Im Falle eines Beherrschungsvertrages sind die gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens sowie die Verwaltungsglieder der abhängigen Gesellschaft gemäß §§ 309, 310 AktG unter gewissen Voraussetzungen der Untergesellschaft zum Schadenersatz verpflichtet.⁸⁶ Zum Schutz der Minderheitsaktionäre bestimmen die §§ 309 Abs. 3,

83 zum Begriff der "außenstehenden Aktionäre" vgl. Kölner Komm.-Biedenkopf/Koppensteiner, § 295 Rdnr. 12 f. und Geßler, § 295 Rdnr. 21 f.

84 Im Fall der Änderung besteht dieses Erfordernis nur, wenn die entsprechenden Vertragsbestimmungen betroffen sind.

85 Emmerich/Sonnenschein, § 6 B II 2.

86 Vgl. unten unter B. II. 1. c) aa).

310 Abs. 4 AktG, daß die abhängige Gesellschaft auf diese Ersatzansprüche nur dann verzichten oder sich darüber vergleichen kann, wenn die außenstehenden Aktionäre durch Sonderbeschluß zustimmen. Des weiteren darf kein Widerspruch von einer den zehnten Teil des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals ausmachenden Minderheit erhoben worden sein.

Die gleichen Anforderungen erhebt § 302 Abs. 3 AktG bezüglich des Verlustübernahmeanspruchs der abhängigen Gesellschaft gegen die herrschende Gesellschaft.

dd. Praktische Effizienz der Regelung

Zu fragen bleibt, ob die auf den ersten Blick sehr umfassenden Mitverwaltungsrechte der außenstehenden Aktionäre sich in der Praxis auch tatsächlich als effektiver Schutz dieser Personengruppe erweisen. Dies muß aus mehreren Gründen bezweifelt werden. Bereits das Zustimmungserfordernis bei Abschluß und Änderung des Vertrages erweist sich als weitgehend wirkungslos, da der Vertragspartner in der Regel bereits als Groß- oder Mehrheitsaktionär selbst in der Hauptversammlung der sich verpflichtenden Gesellschaft stimmberechtigt ist. Insofern wird es ihm ein Leichtes sein, angesichts der meistens verhältnismäßig geringen Hauptversammlungspräsenz und der Unterstützung durch andere Großaktionäre sowie die Banken mit ihrem Depotstimmrecht, die erforderliche

Kapitalmehrheit zusammenzubringen.⁸⁷ Einzelne Minderheitsaktionäre werden dagegen kaum die erforderliche Sperrminorität erreichen können.⁸⁸ Besondere Probleme ergeben sich bei mehrstufigen Konzernen, namentlich beim Abschluß eines Unternehmensvertrages durch eine Tochtergesellschaft. Denn dafür ist nach den gesetzlichen Vorschriften eine Zustimmung durch die Hauptversammlung der Muttergesellschaft nicht ausdrücklich vorgesehen.⁸⁹

Als praktisch wirkungslos erweist sich auch das Erfordernis eines Sonderbeschlusses der außenstehenden Aktionäre in den Fällen der §§ 295-297 AktG. Durch die Kündigungsvorschriften ist eine Umgehung auf zwei Wegen für das herrschende Unternehmen möglich.

Zum einen sieht § 297 Abs. 1 AktG eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund vor. Ein solcher Grund ist gem. § 297 Abs. 1 S. 2 AktG die Tatsache, daß der andere Vertragsteil voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, seine aufgrund des Vertrages bestehende Verpflichtung zu erfüllen. Dieses Kündigungsrecht steht nach herrschender Meinung auch dem herrschenden

87 Emmerich/Sonnenschein, § 6 A. I. 1 a.

88 Zur Diskussion um eine Zustimmung durch den Aufsichtsrat vgl. Sonnenschein, ZGR 1981, 429, 436 f.

89 Näher dazu: Emmerich/Sonnenschein, § 6 A. II. 1 b.

Unternehmen selbst zu.⁹⁰ Damit aber erhält dieses die Möglichkeit, den Vertrag einseitig aufzulösen und über den Neuabschluß eines Vertrages eine Herabsetzung der Ausgleichs- und Abfindungsansprüche zu erreichen.⁹¹ Bedenkt man zudem, daß bereits eine "voraussichtliche" Nichterfüllung der Pflichten als Kündigungsgrund ausreicht, bestehen weitreichende Möglichkeiten, das Sonderbeschlußerfordernis zu umgehen.

Zu dem selben Ergebnis führt die Kündigungsvorschrift des § 297 Abs. 2 AktG, da für eine ordentliche Kündigung nur dann ein Sonderbeschluß der außenstehenden Aktionäre erforderlich ist, wenn die Kündigung seitens der abhängigen Gesellschaft erfolgt, nicht aber bei einer Kündigung durch die Obergesellschaft.⁹² "Die notwendige Folge wird in der Konzernpraxis sein, daß die ordentliche Kündigung immer von dem herrschenden Unternehmen ausgeht".⁹³ Im Ergebnis ist daher der

90 Unter welchen Voraussetzungen dies möglich ist, ist streitig. Vgl. Baumbach-Hueck, § 297 Anm. 3 und Emmerich/Sonnenschein, § 6 C II 1b. Danach reichen auch finanzielle Schwierigkeiten des herrschenden Unternehmens aus. Enger aber: Geßler, § 297 Rdnr. 38; Kölner Komm.-Biedenkopf/Koppensteiner, § 297 Anm. 9 und Godin/Wilhelmi, § 297 Anm. 2.

91 Vgl. Emmerich/Sonnenschein, § 6 B II 2 und § 6 C II 1 b.

92 Kölner Komm.-Biedenkopf/Koppensteiner § 297 Rdnr. 2; Baumbach-Hueck, § 297 Anm. 8; Geßler, § 297 Rdnr. 25.

93 Emmerich/Sonnenschein, § 6 C II 2 b; vgl. auch Kölner Komm.-Biedenkopf/Koppensteiner, § 297 Rdnr. 2.

durch den Sonderbeschluß bezweckte Schutz der Minderheitsaktionäre ineffektiv, da er durch die Obergesellschaft einseitig umgangen werden kann.⁹⁴

Bezüglich einer möglichen Umgehung der §§ 295 f. AktG ist ferner darauf hinzuweisen, daß das Weisungsverbot des § 299 AktG in der Praxis weitgehend leerlaufen wird.⁹⁵ Der Vorstand des abhängigen Unternehmens wird auch ohne entsprechende Weisung - wegen der engen Verbundenheit mit der Obergesellschaft - die von dieser erwünschten Maßnahmen vornehmen, also zum Beispiel den Vertrag kündigen.⁹⁶ Zudem ergibt sich aus § 307 AktG für das herrschende Unternehmen eine weitere Möglichkeit, den Vertrag einseitig zu beenden, indem es Aktien der abhängigen Gesellschaft veräußert.⁹⁷ Tatsächlich beinhalten die Vorschriften der §§ 293 f. AktG insgesamt keine die Minderheitsaktionäre effektiv schützenden Mitwirkungsbefugnisse, sondern nähern sich eher der von der Kommission des Deutschen Juristentages hinsichtlich des Vertragsschlusses vertretenen Auffassung: "Der angestrebte Minderheitenschutz sollte

94 Vgl. auch Schmidt, § 31 III 23; Sonnenschein, ZGR 1981, 429, 438 f.; BGH, BB 1979, 1059 f.

95 Kübler, § 29 III 4.

96 Sonnenschein, ZGR 1981, 429, 439; die Bedeutung der Vorschrift liegt daher auf haftungsrechtlichem Gebiet, da sie eine Berufung auf § 310 I bzw. § 309 I verhindert (so Kölner Komm.-Biedenkopf/Koppensteiner, § 299 Rdnr. 1).

97 Vgl. StKDJT, Tz. 529; Geßler, § 307 Rdnr. 2.

nicht durch Erschwernisse beim Vertrags-
schluß, sondern durch materielle Sicherungen
erreicht werden (...). Wenn der Abschluß
eines solchen Unterordnungsvertrages unge-
wöhnlich erschwert würde, entstünde eine
zusätzliche Abneigung, vom faktischen Kon-
zernverbund auch in den Fällen zum Vertrags-
konzern überzugehen, in denen das Eigenin-
teresse der abhängigen Gesellschaft konkret
gefährdet ist".⁹⁸

b. Vermögensrechte

Die zentralen Vorschriften zur Sicherung
der außenstehenden Aktionäre sind nach der
gesetzlichen Konzeption die vermögensrecht-
lichen Ausgleichs- und Abfindungsansprüche
der §§ 304 f AktG. Zu beachten ist, daß
diese nur auf den Beherrschungs- und den
Gewinnabführungsvertrag Anwendung finden.
Teilweise wird aber auch für die Verträge
gemäß § 292 AktG ein entsprechender Schutz
gefordert.⁹⁹ Ziel der Regelung in den
§§ 304 f AktG ist es, den Minderheitsaktio-
nären einen Ausgleich dafür zu verschaffen,
daß ihr Unternehmen nur noch im Interesse
des herrschenden Unternehmens betrieben wird
und dadurch ihre Gewinnaussichten sowie der
Wert ihrer Beteiligung sinken.¹⁰⁰

98 StKDJT, Tz. 513; zur Effektivität der
§§ 309, 310 vgl. unten unter B. I. 3 a.

99 Mestmäcker, FS Kronstein, S. 129, 130.

100 Kübler, § 29 IV 1.

aa. Anspruch auf angemessenen Ausgleich

Der Dividendenverkürzung in der abhängigen Gesellschaft versucht das Gesetz zunächst dadurch zu begegnen, daß der Unternehmensvertrag gemäß § 304 AktG einen angemessenen Ausgleich für die Aktionäre der Untergesellschaft vorsehen muß. In Betracht kommen ein fester oder ein variabler Ausgleich.¹⁰¹

Grundsätzlich fordert § 304 Abs. 2 S. 1 AktG einen festen Ausgleich in Form jährlich wiederkehrender Geldleistungen, die sich nach dem Betrag bemessen, der voraussichtlich als durchschnittlicher Gewinnanteil auf die einzelne Aktie entfallen würde. Bei der Berechnung dieses Betrages sind folgende Faktoren zu berücksichtigen: die bisherige Ertragslage der Gesellschaft und ihre künftigen Ertragsaussichten sowie angemessene Abschreibungen und Wertberichtigungen, jedoch ohne Bildung anderer Gewinnrücklagen.

Ein variabler Ausgleich kann von den Parteien vereinbart werden, wenn auch die Obergesellschaft eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien ist. Die Variabilität ergibt sich daraus, daß der zu zahlende Betrag vom Gewinnanteil abhängig gemacht wird, der auf Aktien der Obergesellschaft mit mindestens dem (den Aktien der Untergesellschaft) entsprechenden Nennbetrag

¹⁰¹ Zum Anspruchsgegner vgl. ausführlich Kölner Komm.-Biedenkopf/Koppensteiner § 304 Rdnr. 3 f.

entfällt (§ 304 Abs. 2 S. 2 AktG). In diesem Fall nehmen die außenstehenden Aktionäre also insoweit am wirtschaftlichen Risiko des herrschenden Unternehmens teil. Dies verhindert, daß sie einseitig die Konzernvorteile genießen.¹⁰²

Hinsichtlich der Berechnung dieser beiden Ausgleichsarten ist zwischen einem Gewinnabführungsvertrag und einem Beherrschungsvertrag zu unterscheiden. Da das abhängige Unternehmen im Falle eines Gewinnabführungsvertrages selber keinen Gewinn an seine Aktionäre ausschütten kann, stellt der als Ausgleich zu zahlende Betrag hier eine volle Dividendengarantie dar.¹⁰³ Hingegen kommt bei einem Beherrschungsvertrag, der nicht zugleich die Verpflichtung zur Abführung des gesamten Gewinns beinhaltet, ein bei der abhängigen Gesellschaft ausgeschütteter Gewinn zur Anrechnung. Das herrschende Unternehmen muß dann nur die Differenz zwischen vereinbarter Ausgleichssumme und ausgeschüttetem Gewinn zahlen (§ 304 Abs. 1 S. 2 AktG). Dies bezeichnet man als Dividendenergänzungsgarantie.¹⁰⁴

Entspricht ein Unternehmensvertrag nicht den genannten Ausgleichsgarantien, sind gesetzlich zwei Sanktionsmöglichkeiten vorgesehen. Sofern der Vertrag überhaupt keinen Ausgleich vorsieht, ordnet das Gesetz Nich-

102 Beuthien, JuS 1970, 53, 54.

103 Würdinger, § 71 V 2.

104 Würdinger, § 70 VI 1 a.; Geßler, § 304 Rdnr. 48.

tigkeit an (§ 304 Abs. 3 S. 1 AktG). Ist der vorgesehene Ausgleich hingegen nur nicht angemessen, ist der Vertrag wirksam und kann auch nicht angefochten werden (§ 304 Abs. 3 S. 2 AktG). Gemäß § 304 Abs. 3 S. 3 i.V.m. Abs. 4 AktG steht jedoch jedem Aktionär das Recht zu, eine gerichtliche Entscheidung über die Angemessenheit herbeizuführen. In dem in § 306 AktG näher ausgeführten Verfahren hat das Gericht eine umfassende Prüfungspflicht und ist lediglich an die im Vertrag gewählte Ausgleichsform gebunden. Die Entscheidung wirkt für und gegen alle, kommt also auch den nicht klagenden Aktionären zugute (§ 306 Abs. 2 i.V.m. § 99 Abs. 5 S. 2 AktG).

bb. Anspruch auf Abfindung

Neben dieser Ausgleichsverpflichtung muß der Unternehmensvertrag einen Abfindungsanspruch für die außenstehenden Aktionäre vorsehen. Das herrschende Unternehmen übernimmt hierbei die Verpflichtung, auf Verlangen eines Aktionärs der Untergesellschaft dessen Aktien gegen eine Abfindung zu erwerben (§ 305 Abs. 1 AktG). Dadurch soll dem Aktionär, der praktisch seine Verwaltungsrechte verliert und zudem das Risiko trägt, daß sich seine Gesellschaft nach Vertragsablauf in einer wirtschaftlich ungünstigen Lage wiederfindet¹⁰⁵, die Möglichkeit gegeben werden, aus der abhängigen Gesellschaft auszuschneiden.

105 Beuthien, JuS 1970, 53, 55.

Die Art der Abfindung ist je nach Rechtsform und Nationalität des herrschenden Unternehmens unterschiedlich. Soweit es sich um eine inländische, unabhängige Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien handelt, muß die Abfindung in der Gewährung eigener Aktien dieser Gesellschaft bestehen (§ 305 Abs. 2 Nr. 1 AktG). Ist das herrschende Unternehmen hingegen seinerseits eine abhängige Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien, so müssen als Abfindung Aktien der sie beherrschenden Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien oder eine Barabfindung vereinbart sein (§ 305 Abs. 2 Nr. 2 AktG). In allen übrigen Fällen sieht das Gesetz eine Barabfindung vor (§ 305 Abs. 2 Nr. 3 AktG). Für die Angemessenheit der Barabfindung ist die Vermögens- und Ertragslage der herrschenden Gesellschaft im Zeitpunkt der Beschlußfassung ihrer Hauptversammlung über den Vertrag zu berücksichtigen (§ 305 Abs. 3 S. 2 AktG).

Enthält der Unternehmensvertrag keinen oder nur einen unangemessenen Abfindungsanspruch, so können die Aktionäre nur eine gerichtliche Entscheidung über die vertraglich zu gewährende Abfindung herbeiführen.

cc. Abfindungsanspruch bei Eingliederung

Eine ähnliche Abfindungsregelung findet sich in § 320 Abs. 5 AktG für die Minderheitsaktionäre einer Gesellschaft, deren Aktien sich zu 95% in der Hand einer Aktiengesellschaft befinden, in die die Gesell-

schaft eingegliedert werden soll. Als Abfindung müssen grundsätzlich eigene Aktien der Hauptgesellschaft gewährt werden (§ 320 Abs. 5 S. 2 AktG). Sofern es sich bei der Hauptgesellschaft jedoch um eine ihrerseits abhängige Gesellschaft handelt, können die Aktionäre anstelle von Aktien dieser Gesellschaft auch eine angemessene Barabfindung verlangen (§ 320 Abs. 5 S. 3 AktG). Im übrigen entspricht die Regelung der in § 305 AktG und sieht insbesondere auch eine gerichtliche Festsetzung einer angemessenen Abfindung unter Verweis auf § 306 AktG vor (vgl. § 320 Abs. 5 bis Abs. 7 AktG).

dd. Praktische Effizienz der Regelung

Die genannten Ansprüche stellen in der Praxis keinen so wirksamen Schutz der Minderheitsaktionäre in der Untergesellschaft dar, wie es auf den ersten Blick scheinen mag. Dies hängt vor allem mit den Schwierigkeiten bei der Berechnung von Ausgleich und Abfindung zusammen.¹⁰⁶ Da in der Praxis eine erhebliche Unsicherheit über die anzuwendenden Bewertungsmethoden herrscht, kann das herrschende Unternehmen bereits durch die bloße Auswahl der Gutachter ganz erheblichen Einfluß auf die Höhe des Ausgleichs und der Abfindung gewinnen¹⁰⁷, und auch die Gerichte

106 Vgl. Kölner Komm.-Biedenkopf/Koppensteiner Vorbem. zu § 304 Rdnr. 3; anstelle des umfangreichen Schrifttums zur "Unternehmensbewertung" vgl. Großfeld, Unternehmensbewertung passim und Geßler, § 305 Rdnr. 40 f.

107 Emmerich/Sonnenschein, § 7 C III.

dürften mit dererlei Bewertungen überfordert sein.¹⁰⁸

Insbesondere die Umrechnung beim variablen Ausgleich wird in diesem Zusammenhang als sehr problematisch angesehen. Da das Gesetz in den für die Verschmelzung geltenden Vorschriften (§§ 339 f Aktg), auf die die §§ 304, 305 AktG verweisen, nichts über das Umrechnungsverhältnis aussagt, ist dies Sache der Verwaltungen beider Gesellschaften. Diese aber müssen auf die unsicheren und sehr unterschiedlichen Methoden zur Unternehmensbewertung zurückgreifen und können so die Stellung der außenstehenden Aktionäre erheblich gefährden.¹⁰⁹ Ähnliche Probleme stellen sich bei der Abfindung und zwar nicht nur, sofern auch hier eine Umrechnung in Aktien der Obergesellschaft erfolgt¹¹⁰, sondern auch bei der Barabfindung.¹¹¹

Im übrigen ist darauf hinzuweisen, daß bei der variablen Ausgleichszahlung der "durchschnittliche Gewinnanteil" (§ 304 Abs. 2 S. 2 AktG) von der herrschenden Meinung so verstanden wird, daß darunter die von der Obergesellschaft tatsächlich ausge-

108 Emmerich/Sonnenschein; zu Reformüberlegungen vgl. Sonnenschein, ZGR 1981, 429, 442 f.

109 So Emmerich/Sonnenschein, § 7 C I 2 c.

110 Dazu im einzelnen Emmerich/Sonnenschein, § 7 C II 2 b.

111 ders., a.a.O.

schüttete Dividende zu verstehen ist.¹¹² Dies allerdings führt zu einer weiteren Gefährdung der außenstehenden Aktionäre, da die Obergesellschaft durch Einstellung großer Teile ihres Gewinns in die freien Rücklagen den Ausgleichsbetrag sehr niedrig halten kann.¹¹³

Des weiteren ist gesetzlich nicht hinreichend geregelt, wie nachträgliche Veränderungen der Verhältnisse, etwa durch Kapitalerhöhungen in einer der Gesellschaften, beim Ausgleichsanspruch zu berücksichtigen sind.¹¹⁴ Ferner darf nicht übersehen werden, daß die Abfindungs- und Ausgleichsansprüche auch bei vorzeitigem Ende des Vertrages erlöschen.¹¹⁵ Das Gesetz sieht sogar ein zusätzlichen Kündigungsrecht der herrschenden Gesellschaft für den Fall vor, daß Ausgleich oder Abfindung gerichtlich festgesetzt werden (§§ 304 Abs. 5, 305 Abs. 5 S. 4 AktG).

Zusammenfassend ist daher festzustellen, daß die vermögensrechtlichen Ansprüche in

112 Baumbach-Hueck, § 304 Rdnr. 8; Godin/Wilhelmi, § 304 Anm. 6; Geßler, § 304 Rdnr. 101; Mestmäcker, FS Kronstein, S. 129, 137.

113 Geßler, § 304 Rdnr. 100; Godin/Wilhelmi, § 304 Anm. 6; Emmerich/Sonnenschein, § 7 C I 2 c, die daher im Jahresabschluß die freien Rücklagen nicht berücksichtigen wollen. So auch Kölner Komm.-Biedenkopf/Koppensteiner, § 304 Rdnr. 23.

114 Im einzelnen: Emmerich/Sonnenschein, § 7 C I 2 e und Kölner Komm.-Biedenkopf/Koppensteiner, § 304 Rdnr. 24 f.

115 Emmerich/Sonnenschein, § 7 C I 2 f.

der Praxis mit erheblichen Risiken für die außenstehenden Aktionäre verbunden sind.¹¹⁶ Ein wirksamer Schutz ergibt sich für die außenstehenden Aktionäre daher praktisch nur dann, wenn sie aufgrund ihrer Sperrminorität den Abschluß des Unternehmensvertrages verhindern können.¹¹⁷

c. Sonstige mittelbar zugunsten der Aktionäre wirkende vermögensrechtliche Schutzvorschriften

aa. Organhaftung gemäß §§ 309, 310 AktG

Sofern die Gesellschaften einen Beherrschungsvertrag abgeschlossen haben, besteht für das herrschende Unternehmen gegenüber dem Vorstand der abhängigen Gesellschaft ein sehr weitgehendes Weisungsrecht, das grundsätzlich auch für die Untergesellschaft nachteilige Weisungen legitimiert (§ 308 AktG), sofern diese Weisungen dem Konzerninteresse entsprechen.¹¹⁸ Als Ausgleich sieht § 309 AktG einen Schadensersatzanspruch gegen die gesetzlichen Vertreter der Obergesellschaft in den Fällen vor, in denen diese schuldhaft gegen ihre Pflicht verstoßen haben, bei der Weisungserteilung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften

116 Vgl. auch die ausführlichen Beispiele bei Emmerich/Sonnenschein, § 7 C III.

117 Beuthien, JuS 1970, 53, 57 f.; Emmerich/Sonnenschein, § 7 C III.

118 Vgl. im einzelnen Schmidt, § 31 III 2 c; Kölner Komm.-Biedenkopf/Koppensteiner, § 307 Rdnr. 5 f.

Geschäftsleiters anzuwenden. Daneben wird allgemein auch eine Haftung des herrschenden Unternehmens selbst aus § 133 BGB bzw. § 278 BGB i.V.m. § 309 AktG angenommen.¹¹⁹

Diese Schadensersatzansprüche stehen allerdings der Untergesellschaft als solcher zu und kommen daher nur indirekt den einzelnen Aktionären zugute. Da eine Sicherung des Gesellschaftsvermögens jedoch gerade in ihrem Interesse liegt, gibt das Gesetz jedem Aktionär die Möglichkeit, den Ersatzanspruch für die Gesellschaft geltend zu machen (§ 309 Abs. 4 S. 1 und 2 AktG).

Daneben ordnet § 310 AktG eine gesamtschuldnerische Haftung der Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates der Untergesellschaft an, sofern diese ihre Sorgfaltspflichten schuldhaft verletzt haben. Zu beachten ist, daß eine solche Haftung auch bei nachteiligen Geschäften dann nicht in Betracht kommt, wenn diese auf einer nach § 308 Abs. 2 AktG zu befolgenden Weisung des herrschenden Unternehmens beruhen (§ 310 Abs. 3 AktG). Auch der Anspruch nach § 310 AktG kann von jedem Aktionär geltend gemacht werden.

Es fragt sich indessen, ob mit den Vorschriften der §§ 309, 310 AktG praktisch wirklich ein Schutz der außenstehenden Aktionäre bewirkt wird. Da die Untergesellschaft wegen der engen Verbundenheit mit dem

119 Petzel, § 2 VI 1; Beuthien, JuS 1970, 53, 55; Würdinger, § 70 V 16; Kölner Komm.-Biedenkopf/Koppensteiner, § 307 Rdnr. 15.

herrschenden Unternehmen kaum selber Ersatzansprüche geltend machen wird, ist es mithin Sache der Aktionäre, Klage zu erheben. Diese aber werden das Prozeßrisiko scheuen, das sie mit einem solchen Prozeß - indem sie nur Leistung an die Gesellschaft erreichen können - eingehen.¹²⁰ Dieses Risiko wird noch dadurch erhöht, daß der Nachweis der Kausalität zwischen Weisung und Schädigung schwierig zu führen sein dürfte.¹²¹

bb. Sicherung des Gesellschaftsvermögens

Um das bilanzmäßige Vermögen der abhängigen Gesellschaft zu erhalten, sehen die §§ 300 f AktG eine besondere, gesetzliche Rücklage (§ 300 AktG), die Beschränkung des aufgrund eines Gewinnabführungsvertrages abzuführenden Gewinns (§ 301 AktG) und eine Verpflichtung des herrschenden Unternehmens zur Verlustübernahme vor (§ 302 AktG). Mittelbar kommen diese Vorschriften zwar auch den außenstehenden Aktionären zugute¹²², sie bezwecken aber in erster Linie den Schutz der Gesellschaft und ihrer Gläubiger (vgl. § 303 AktG). Insbesondere steht den Aktionären nach diesen Regelungen kein eigenes Recht oder zumindest die Be-

120 Kölner Komm.-Biedenkopf/Koppensteiner, § 307 Rdnr. 20; Großfeld, Aktiengesellschaft, S. 221 f., S. 303; Beuthien, JuS 1970, 53, 59 f.

121 Emmerich/Sonnenschein, § 7 D II 1.

122 Vgl. Kübler, § 29 V 1.

rechti gung zur Geltendmachung zu.¹²³ Insofern stellen sie keine wirklichen Schutzvorschriften zugunsten der Aktionäre dar.¹²⁴

2. Gesetzliche Regelungen bezüglich der Aktionäre der Obergesellschaft

Ist die an einem Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag beteiligte zukünftige Obergesellschaft eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien, so sieht das Gesetz zum Schutz ihrer Aktionäre besondere Zustimmungserfordernisse vor. Sowohl beim Abschluß (§ 293 Abs. 2 AktG) als auch bei der Änderung eines solchen Unternehmensvertrages (§ 295 Abs. 1 S. 2 AktG) ist danach die Zustimmung der Hauptversammlung des herrschenden Unternehmens mit einer Mehrheit von mindestens 3/4 des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals erforderlich.

Durch diese Regelung soll dem Umstand Rechnung getragen werden, daß bei Unternehmensverträgen im Sinne von § 291 AktG auch die herrschende Gesellschaft erhebliche Verpflichtungen übernimmt¹²⁵, insbesondere die Verpflichtungen zu Abfindungs- und Aus-

123 Zum Sonderbeschluß vgl. oben Unter B. I. 1. c.

124 vgl. auch Kölner Komm.-Biedenkopf/Koppensteiner, Vorbem. zu § 300 Rdnr. 6.

125 Baumbach-Hueck, § 293 Rdnr. 6; Godin/Wilhelmi, § 293 Anm. 6; Kölner Komm.-Biedenkopf/Koppensteiner, § 293 Rdnr. 5.

gleichszahlungen gemäß §§ 304, 305 AktG sowie zur Verlustübernahme und Sicherheitsleistung an die Gläubiger der Untergesellschaft gemäß §§ 302, 303 AktG. Ferner sind mit dem Eintritt in einen Vertragskonzern auch für die Obergesellschaft gewisse Strukturveränderungen verbunden¹²⁶.

Darüber hinaus gelten zu Gunsten der Aktionäre auch die in § 293 Abs. 3, Abs. 4 AktG normierten Informationspflichten und Auskunftsrechte.¹²⁷ Das weitgehende Auskunftsrecht des Abs. 4 soll es den Aktionären der Obergesellschaft vor allem ermöglichen, daß mit dem Unternehmensvertrag für sie verbundene Risiko abzuschätzen.¹²⁸

Ähnliche Schutzvorschriften gelten auch bei der Eingliederung. Insbesondere ist diese von einem Mehrheitsentschluß von 3/4 des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals abhängig (vgl. § 319 Abs. 2, § 320 Abs. 1 AktG).

Abgesehen von diesen Zustimmungserfordernissen enthalten die Regeln über den Vertragskonzern keine weiteren Vorschriften zum Schutz der Aktionäre der Obergesellschaft. Der Gesetzgeber ging offenbar davon aus, daß es über die allgemeinen Mitverwaltungs- und Vermögensrechte der Aktionäre hinaus keiner

126 StKDJT, Rz. 516.

127 Geßler, § 293 Rdnr. 67.

128 Kölner Komm.-Biedenkopf/Koppensteiner, § 293 Rdnr. 19.

weitergehenden gesetzlichen Regelung bedürfe.

III. Schutzvorschriften im faktischen Konzern

Außerhalb eines Vertrages kann ein Unternehmen aber durch Beteiligung an einem anderen Unternehmen maßgeblichen Einfluß auf die Entscheidungen dieser "Untergesellschaft" nehmen. Man spricht dann von einem "faktischen Konzern". Voraussetzung ist neben dem Fehlen eines Beherrschungsvertrages also die Abhängigkeit der Untergesellschaft im Sinne von § 17 AktG.

Für eine solche Abhängigkeit ist keineswegs immer ein Aktienbesitz von mindestens 50% erforderlich. Eine geringere Beteiligung ist vor allem dann ausreichend, wenn dem Großaktionär viele kleine Aktionäre gegenüberstehen. Zudem kann der Großaktionär meist auf die Depotstimmen beteiligter Großbanken zählen.¹²⁹

Zu beachten ist ferner, daß sich der Einfluß des herrschenden Unternehmens nicht nur in Hauptversammlungsbeschlüssen der Untergesellschaft niederschlägt. Über die Hauptversammlung bestimmt das herrschende Unternehmen die Zusammensetzung des Aufsichtsrats und damit auch die Bildung des Vorstandes in der Untergesellschaft. Es besteht somit die Gefahr, daß die abhängige Gesellschaft nicht mehr in ihrem eigenen Interesse, sondern in

¹²⁹ Beuthien, JuS 1970, 53, 56

erster Linie im Interesse der Obergesellschaft geführt wird. Dieser Gefahr wollte der Gesetzgeber mit den §§ 311 bis 318 AktG begegnen. Diese Vorschriften finden jedoch nur Anwendung, wenn es sich bei der abhängigen Gesellschaft um eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien handelt.

1. Gesetzliche Regelungen bezüglich der Aktionäre der Untergesellschaft

Den Schwerpunkt der gesetzlichen Regelungen bilden die vermögensrechtlichen Ansprüche der abhängigen Gesellschaft und ihrer Aktionäre gegenüber dem herrschenden Unternehmen. Anders als beim Vertragskonzern sind besondere Mitverwaltungsrechte in der Entstehungsphase eines faktischen Konzerns in den §§ 311 f AktG nicht vorgesehen.¹³⁰

a. Vermögensrechte

Zum Schutz der Aktionäre der abhängigen Gesellschaft sieht das Gesetz kaum direkte Ansprüche der Aktionäre gegenüber dem herrschenden Unternehmen vor. Daher ergibt sich der Schutz in erster Linie aus Ansprüchen der Untergesellschaft, die mittelbar den Aktionären zugute kommen.

¹³⁰ Zu den in diesem Stadium wesentlichen Mitteilungspflichten vgl. unten unter B. IV.

Das Gesetz ordnet zwei vermögensrechtliche Pflichten des herrschenden Unternehmens an: den Nachteilsausgleich (§ 311 AktG) und die Schadensersatzpflicht (§ 317 AktG). Um sicherzustellen, daß die außenstehenden Aktionäre von nachteiligen Einflüssen des herrschenden Unternehmens erfahren, sehen die §§ 312 f AktG einen Abhängigkeitsbericht der abhängigen Gesellschaft vor. Eine Erweiterung des Kreises der Schadensersatzpflichtigen findet sich schließlich in den §§ 317 Abs. 3, 318 AktG.

aa. Nachteilsausgleich und Schadensersatzpflicht

Als einklagbaren Anspruch sieht § 317 AktG den Schadensersatzanspruch der abhängigen Gesellschaft vor, der sich in erster Linie gegen das herrschende Unternehmen richtet (§ 317 Abs. 1 AktG). Dieses macht sich gemäß § 317 Abs. 1 S. 1 AktG allerdings nur dann schadensersatzpflichtig, wenn es die abhängige Gesellschaft dazu veranlaßt, "ein für sie nachteiliges Rechtsgeschäft vorzunehmen oder zu ihrem Nachteil eine Maßnahme zu treffen oder zu unterlassen, ohne daß es den Nachteil bis zum Ende des Geschäftsjahrs tatsächlich ausgleicht oder der abhängigen Gesellschaft einen Rechtsanspruch auf einen zum Ausgleich bestimmten Vorteil gewährt".

Die vorrangige Pflicht, die entstandenen Nachteile auszugleichen, ergibt sich aus § 311 AktG. Danach muß jeder Nachteil bei der abhängigen Gesellschaft, den das herr-

schende Unternehmen veranlaßt hat, von diesem grundsätzlich ausgeglichen werden (§ 311 Abs. 1 AktG). Das herrschende Unternehmen hat allerdings die Möglichkeit, den Nachteil nicht sofort auszugleichen und stattdessen spätestens bis zum Ende des Geschäftsjahres, in dem der abhängigen Gesellschaft Nachteil zugefügt worden ist, zu bestimmen, "wann und durch welche Vorteile der Nachteil ausgeglichen werden soll" (§ 311 Abs. 2 S. 1 AktG).

Das Verhältnis zwischen § 311 und 317 AktG wird unterschiedlich interpretiert. Der Gesetzgeber scheint primär von dem Verbot nachteiliger Einflüssen und der daraus resultierenden Ausgleichspflicht ausgegangen zu sein. Nur zweitrangig ist demgegenüber die Schadensersatzpflicht nach § 317 AktG.¹³¹

Die herrschende Meinung knüpft heute allerdings in erster Linie an § 317 AktG an und entnimmt dieser Vorschrift generell den Haftungsumfang des herrschenden Unternehmens.¹³² Begründet wird dies vor allem mit dem Zweck der §§ 311 f AktG, der darin besteht, "die abhängige Gesellschaft wirtschaftlich so zu stellen, als ob sie ihr

131 Vgl. bei Emmerich/Sonnenschein, § 8 B VI.

132 Vgl. Kübler, § 30 II 3 b und § 30 II 5; Emmerich/Sonnenschein, § 8 B VI; Mestmäcker, FS Kronstein, S. 129, 141 f.; Kellmann, ZGR 1974, 220, 225; Kölner Komm.-Biedenkopf/Koppensteiner, § 311 Rdnr. 10.

Unternehmen noch unabhängig im gemeinsamen Interesse aller Aktionäre betriebe".¹³³

Daher wird § 317 Abs. 2 AktG nicht nur als Beschränkung der Schadensersatzpflicht, sondern auch als Grenze für die Ausgleichspflicht nach § 311 AktG angesehen. Nach dieser Vorschrift tritt die Ersatzpflicht nicht ein, "wenn auch ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer unabhängigen Gesellschaft das Rechtsgeschäft vorgenommen oder die Maßnahme getroffen oder unterlassen hätte". Im Zusammenhang mit § 311 AktG wird diese Exkulpationsmöglichkeit überwiegend so verstanden, daß es unter diesen Voraussetzungen bereits an einem Nachteil im Sinne von § 311 Abs. 1 AktG fehle.¹³⁴

Im Mittelpunkt der Diskussion bezüglich der §§ 311 f AktG steht die Frage, ob der faktische Konzern rechtlich zulässig ist, mit anderen Worten ob nachteilige Weisungen ohne Beherrschungsvertrag als rechtmäßig angesehen werden können. Eine verbreitete Meinung geht heute davon aus, daß eine faktische Konzernherrschaft dann als rechtmäßig anzusehen ist, wenn ein Nachteilsausgleich im Sinne von § 311 AktG erfolgt.¹³⁵

133 Emmerich/Sonnenschein, § 8 B VI.

134 Kölner Komm.-Biedenkopf/Koppensteiner, § 311 Rdnr. 10; Geßler-Kropff, § 311 Rdnr. 108 f.

135 Schmidt, § 31 IV 20; Emmerich/Sonnenschein, § 8 C II 5 a; im Ergebnis auch Kölner Komm.-Biedenkopf/Koppensteiner, Vorbem. zu § 311 Rdnr. 4 f. und § 311 Rdnr. 26.

Einschränkend wird allerdings gefordert, es dürfe sich nur um eine "lockere, nicht vollständig bei der Obergesellschaft zentralisierte Leitung"¹³⁶ handeln.¹³⁷ Zudem muß sich die Weisung auf Maßnahmen beschränken, die wenigstens dem Konzerninteresse dienen und durch Nachteilsausgleich kompensierbar sind.¹³⁸

Nach diesem Verständnis sind mit Schmidt drei Arten von Maßnahmen zu unterscheiden:

- Maßnahmen, die nach § 311 AktG durch Nachteilsausgleich gerechtfertigt sind.
- Maßnahmen, die mangels Nachteilsausgleich nicht gerechtfertigt sind und deshalb nach §§ 317 f AktG Schadensersatzfolgen auslösen.
- Maßnahmen, die schon ihrer Art nach nicht legalisierbar sind und analog §§ 317 f AktG Schadensersatzfolgen auslösen.¹³⁹

bb. Der Schadensersatzanspruch nach § 317 AktG

§ 317 AktG stellt eine Sondervorschrift zur allgemeinen Schadensersatzpflicht nach § 117 AktG dar. Eine solche Regelung ist notwendig, da die in § 117 AktG angeordneten Voraussetzungen die Schadensersatzpflicht

¹³⁶ Schmidt, § 31 IV 23.

¹³⁷ Hommelhoff, S. 146 f.

¹³⁸ Schmidt, § 31 IV 23; vgl. ausführlich zur Diskussion: Hommelhoff, S. 109-147 und Geßler-Kropff, § 311 Rdnr. 4 f.

¹³⁹ Schmidt, § 31 IV 23.

für die mit einer faktischen Konzernbildung verbundenen Gefahren zu sehr einschränken würden.¹⁴⁰ § 317 AktG beinhaltet im Vergleich zu § 117 AktG eine verschärfte Haftung, da das herrschende Unternehmen für jede "Veranlassung" haftet und die Haftung unabhängig davon eintritt, mit welchen Mitteln der Einfluß in der abhängigen Gesellschaft ausgeübt wird. Ferner fehlt der in § 117 Abs. 7 Ziff. 1 AktG vorgesehene Haftungsausschuß.

Im Vergleich zur Schadensersatzpflicht des § 309 AktG ist hervorzuheben, daß im faktischen, anders als im Vertragskonzern, das herrschende Unternehmen selbst haftet. Daneben ist der Haftungsumfang beim faktischen Konzern sehr viel weiter, wie sich aus einem Vergleich der Exkulpationsmöglichkeiten ergibt. Maßstab dafür ist im Vertragskonzern die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters eines herrschenden Unternehmens bei der Weisungserteilung. Demgegenüber ist im faktischen Konzern auf den ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführer einer unabhängigen Gesellschaft abzustellen. Es ist also zu fragen, ob ein solcher diejenigen Maßnahmen getroffen hätte, zu denen das herrschende Unternehmen die abhängige Gesellschaft veranlaßt hat. Folglich tritt eine Schadensersatzpflicht nach § 317 Abs. 2 AktG (anders als bei § 309 AktG) nur dann nicht ein, wenn die Weisungserteilung den wirtschaftlichen Interessen der abhängigen Gesellschaft entsprach.

140 Emmerich/Sonnenschein, § 8 I 1.

Zum Begriff des Schadens ist zu erwähnen, daß dieser nicht mit dem Nachteil im Sinne von § 311 AktG identisch ist, sondern darüber hinausgehen kann. Während der Nachteilsausgleich stets nur die schon bei Vornahme der Maßnahme exakt vorausberechenbaren Nachteile umfaßt, erstreckt sich der Schadensersatzanspruch auch auf alle nicht voraussehbaren Folgeschäden, sofern sie in einem adäquaten kausalen Zusammenhang mit der Veranlassung stehen.¹⁴¹

Der Anspruch aus § 317 AktG ist in erster Linie von der abhängigen Gesellschaft geltend zu machen. Zum Schutz der außenstehenden Aktionäre sieht § 317 Abs. 4 i.V.m. § 309 Abs. 4 AktG aber auch eine Geltendmachung durch jeden einzelnen Aktionär vor. Dieser kann in der Regel jedoch nur Leistung an die Gesellschaft verlangen.

Nur ausnahmsweise ergibt sich gemäß § 317 Abs. 1 S. 2 AktG eine direkte Schadensersatzpflicht gegenüber den Aktionären, sofern diesen ein weitergehender Schaden entstanden ist. Dabei ist etwa daran zu denken, daß das herrschende Unternehmen die abhängige Gesellschaft zu Spekulationen veranlaßt, die zu Kursverlusten der Aktionäre führen.¹⁴²

141 Geßler-Kropff, § 311 Rdnr. 113 f.; Kölner Komm.-Biedenkopf/Koppensteiner, § 317 Rdnr. 11; Emmerich/Sonnenschein, § 8 E I 2.

142 Beuthien, JuS 1970, 53, 56 m.w. Beispielen.

Der Kreis der als Gesamtschuldner Ersatzpflichtigen wird in § 317 Abs. 3 AktG auf die gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens erweitert, die die abhängige Gesellschaft zu dem Rechtsgeschäft oder der Maßnahme veranlaßt haben. Diese Vorschrift hat vor allem präventiven Charakter: "die für das herrschende Unternehmen handelnden Personen sollen sich stets bewußt sein, daß sie bei einer unzulässigen Einwirkung auf abhängige Gesellschaften ein eigenes Risiko laufen".¹⁴³

cc. Der Abhängigkeitsbericht

Um sicherzustellen, daß die außenstehenden Aktionäre von nachteiligen Einflüssen des herrschenden Unternehmens überhaupt Kenntnis erhalten, sieht das Gesetz in den §§ 312 f AktG die Erstellung und Überprüfung eines sog. Abhängigkeitsbericht vor. Einen solchen hat der Vorstand der abhängigen Gesellschaft in den ersten drei Monaten eines jeden Geschäftsjahres zu erstellen. Darin ist der gesamte "herrschaftsinterne sowie herrschaftsbeeinflusste"¹⁴⁴ Geschäftsverkehr der abhängigen Gesellschaft detailliert darzulegen.¹⁴⁵

Eine Prüfung dieses Berichts erfolgt abschliessend gemäß § 313 AktG durch einen Ab-

143 StKDJT, Tz 419 (S. 69).

144 vgl. Beuthien, JuS 1970, 53, 57.

145 Zu Einzelheiten, vgl. § 312 I, S. 2-4.

schlußprüfer sowie gemäß § 314 AktG durch den Aufsichtsrat der abhängigen Gesellschaft. Den Aktionären wird der Tatsachenbericht als solcher nicht bekannt. Ihnen ist lediglich die Schlußerklärung des Vorstandes (§ 312 Abs. 3 AktG), der Bestätigungsvermerk des Abschlußprüfers (§ 313 Abs. 5 AktG) und die Stellungnahme des Aufsichtsrats (§ 314 Abs. 2, Abs. 3 AktG) zugänglich.

dd. Schadensersatzpflicht der Verwaltungsmitglieder der abhängigen Gesellschaft

Sofern die Mitglieder des Vorstandes oder des Aufsichtsrates die ihnen im Zusammenhang mit dem Abhängigkeitsbericht obliegenden Pflichten verletzen, haften sie gemäß § 318 AktG der abhängigen Gesellschaft gesamtschuldnerisch neben den nach § 317 AktG Ersatzpflichtigen auf Schadensersatz. Auch hier kann der Anspruch gemäß § 318 Abs. 4 i.V.m. § 309 Abs. 4 AktG von jedem Aktionär auf Leistung an die Gesellschaft geltend gemacht werden.

ee. Praktische Effizienz der Regelung

Die Vorschriften der §§ 311-318 AktG werden im Hinblick auf den beabsichtigten Schutz der Minderheitsaktionäre heute weitgehend als ineffektiv angesehen.¹⁴⁶ Kritikpunkte sind dabei vor allem die Veranlassung bzw. die Mittlung der Nachteile im Sinne von

146 Vgl. Schneider, BB 1981, 249, 258 m.w.Nachw.

§ 311 AktG sowie die rechtliche Ausgestaltung des Abhängigkeitsberichts.¹⁴⁷

Die Regelung des § 311 AktG ist vor allem aus beweistechnischen Gründen praktisch ineffektiv. Zunächst setzt diese Vorschrift voraus, daß das herrschende Unternehmen die abhängige Gesellschaft zu einem nachteiligen Geschäft veranlaßt hat. Bereits der Nachweis der Veranlassung ist für die abhängige Gesellschaft häufig mit unüberwindbaren Schwierigkeiten verbunden. Dem versucht die überwiegende Ansicht allerdings dadurch zu begegnen, daß die Veranlassung grundsätzlich vermutet wird.¹⁴⁸

Praktisch kaum möglich ist allerdings die Nachteilsermittlung bzw. die Quantifizierbarkeit des Schadens, zumal hier eine Beweislastumkehr naturgemäß nicht in Betracht kommt.¹⁴⁹ Eine genaue Nachteilsermittlung ist vor allem deshalb kaum möglich, weil die veranlaßten Rechtsgeschäfte oder Maßnahmen sich meist auf sehr komplexe Austauschverhältnisse in mehrstufigen Konzernen beziehen.¹⁵⁰ Ferner besteht für die einzelne

147 Schmidt, § 31 IV 1 a; zur Reformdiskussion vgl. Claussen, Die AG 1983, 1, 11 f., Schmidt, ZGR 1981, 455 f.

148 Claussen, a.a.O., S. 12; Emmerich/Sonnenschein, § 8 C I; Kellmann, ZGR 1974, 220, 228; vgl. auch Schmidt, ZGR 1981, 455, 464.

149 Kellmann, a.a.O., S. 228.

150 Kübler, § 30 II 3 b; Emmerich/Sonnenschein, § 8 C III 4 c; Großfeld, Aktiengesellschaft, S. 218 f.; vgl. auch Kölner Komm.-Biedenkopf/Koppen-

Leistung in der Regel kein Marktpreis oder dieser ist durch den Konzern manipuliert.¹⁵¹

Neben diesen Schwierigkeiten wird der Abhängigkeitsbericht allgemein als ein ineffektives Kontrollmittel angesehen.¹⁵² Denn zum einen hängen alle am Gerichts- und Prüfungsverfahren Beteiligten (Vorstand, Abschlußprüfer und Aufsichtsrat) im Regelfall ausschließlich vom Vertrauen des herrschenden Unternehmens ab.¹⁵³ Zudem bleibt der Bericht geheim, so daß die Aktionäre keine Kenntnis von Einzelheiten erlangen. Gerade dies aber wäre für eine Verfolgung ihrer Ansprüche notwendig. Nur unter den sehr strengen Voraussetzungen einer Sonderprüfung nach § 315¹⁵⁴ werden den Aktionären Einzelheiten zugänglich gemacht, die als Grundlage für etwaige Schadensersatzansprüche dienen können. Dazu dürfte es in der Praxis aber kaum je kommen.¹⁵⁵

Selbst wenn der einzelne Aktionär von einer Nachteilszufügung gegenüber seiner

steiner, § 311 Rdnr. 28 f.

151 Emmerich/Sonnenschein, § 8 C III 4 a; dort auch weitere kritische Einzelheiten zur Nachteilsermittlung (§ 8 C III 3, 4).

152 Claussen, Die AG 1983, 1, 11; vgl. auch Schmidt, § 21 II 5; ferner: Maul, DB 1985, 1749 f.

153 Kübler, § 30 II 4 d; Großfeld, Aktiengesellschaft, S. 218 f.

154 Vgl. dazu unten unter B. III. 1. b).

155 Kübler, § 30 II 4 d.

Gesellschaft erfährt, bleibt schließlich noch die Frage, ob er einen Anspruch auf Leistung an die Gesellschaft überhaupt geltend machen würde. Nach der gesetzlichen Regelung dürfte ihm das unzumutbare Prozeßkostenrisiko ebenso wie beim Anspruch aus § 309 AktG letztlich davon abhalten.¹⁵⁶

b. Mitverwaltungsrechte

Die Vorschriften der §§ 311-318 AktG enthalten kaum besondere Mitverwaltungsrechte für die außenstehenden Aktionäre. Anders als beim Vertragskonzern stehen den Aktionären bei einem faktischen Konzern daher im wesentlichen nur die allgemeinen Mitverwaltungsrechte zu.

Davon gibt es lediglich zwei Ausnahmen. Zum einen verweisen die §§ 317 Abs. 4, 318 Abs. 4 AktG im Zusammenhang mit den dort geregelten Schadensersatzpflichten auch auf § 309 Abs. 3 AktG. Dies bedeutet, daß für einen Verzicht oder Vergleich über den Schadensersatzanspruch der Untergesellschaft ein zustimmender Sonderbeschluß der außenstehenden Aktionäre erforderlich ist. Des weiteren darf nicht eine Minderheit, deren Anteile zusammen den zehnten Teil des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals erreichen, gegen den Verzicht oder Vergleich Widerspruch erhoben haben.

¹⁵⁶ Großfeld, Aktiengesellschaft, S. 221, 303; Kölner Komm.Biedenkopf/Koppensteiner, § 309 Rdnr. 21; Emmerich/Sonnenschein, § 7 D II 1.

Zum anderen hat jeder Aktionär in drei Fällen die Möglichkeit, bei Gericht die Bestellung von Sonderprüfern für den Abhängigkeitsbericht zu beantragen. Voraussetzung ist, daß

- der Vorstand erklärt, es seien Nachteile entstanden und nicht ausgeglichen worden (§ 315 Nr. 3 AktG);
- der Abschlußprüfer den Bestätigungsvermerk eingeschränkt oder versagt hat (§ 315 Nr. 1 AktG) oder
- der Aufsichtsrat Einwendungen gegen die Erklärung des Vorstandes erhoben hat.

Sofern die Bestellung von Sonderprüfern auf einem Hauptversammlungsbeschluß beruht, können Aktionäre, deren Anteile zusammen den zehnten Teil des Grundkapitals oder den Nennbetrag von zwei Millionen Deutsche Mark erreichen, gemäß § 315 S. 3 i.V.m. § 142 Abs. 4 AktG unter dem dort näher genannten Voraussetzungen die Bestellung eines anderen Sonderprüfers verlangen.

Unter dem Gesichtspunkt der Effizienz dieser Regelungen ist besonders auf die sehr engen Voraussetzungen des § 315 AktG hinzuweisen, die entscheidend dazu beitragen, daß der Abhängigkeitsbericht allgemein als ein unwirksames Kontrollmittel angesehen wird.¹⁵⁷

¹⁵⁷ Vgl. oben unter B. III. 1.

2. Gesetzliche Regelungen bezüglich der Aktionäre der Obergesellschaft

Besondere Schutzvorschriften zu Gunsten der Aktionäre der Obergesellschaft finden sich in den §§ 311 f AktG weder in Form von Verwaltungs- noch von Vermögensrechten. Der Gesetzgeber hielt in dieser Beziehung die allgemeinen Vorschriften offensichtlich für ausreichend.

IV. Mitteilungspflichten

Ergänzend sei darauf hingewiesen, daß das Aktiengesetz zum Teil bereits im Vorfeld von Unternehmensverträgen oder faktischen Konzernbildungen verschiedene Mitteilungspflichten über Unternehmensbeteiligungen vorsieht. Diese haben unter anderem den Zweck, die Aktionäre über geplante und bestehende Konzernverbindungen zu errichten und die Machtverhältnisse in der Gesellschaft deutlicher hervortreten zu lassen.¹⁵⁸ Außerdem dienen sie dazu, die Durchsetzung der konzernrechtlichen Vorschriften, die an den Umfang der Beteiligung anknüpfen, zu erleichtern.¹⁵⁹

§ 20 AktG erlegt zunächst dem Unternehmen Mitteilungspflichten für Unternehmen auf, das an einer inländischen Aktiengesellschaft eine Beteiligung erwirbt; und zwar dann, wenn die Beteiligung 25% bzw. 50% übersteigt

158 Kölner Komm.-Biedenkopf/Koppensteiner, § 20 Rdnr. 1.

159 Kübler, § 28 IV.

(§ 20 Abs. 1-4 AktG). Die gleiche Verpflichtung besteht auch im Fall der Beendigung eines solchen Beteiligungsverhältnisses (§ 20 Abs. 5 AktG). Die Aktiengesellschaft hat diese Mitteilungen unverzüglich in den Gesellschaftsblättern bekannt zu machen (§ 20 Abs. 6) und in den Geschäftsbericht aufzunehmen (§ 160 Abs. 3 Nr. 11 AktG). Sanktioniert wird ein Verstoß gegen diese Pflicht dadurch, daß Rechte aus den Aktien nicht ausgeübt werden können, solange die Mitteilung nicht erfolgt ist (§ 20 Abs. 7 AktG).

Entsprechende Mitteilungspflichten und Sanktionen sieht § 21 AktG für den Fall vor, daß eine Aktiengesellschaft derartige Beteiligungen an einer anderen Kapitalgesellschaft erwirbt oder veräußert. Handelt es sich um wechselseitige Beteiligungen, so sind außerdem die §§ 19 und 328 AktG zu berücksichtigen. Sofern keine Abhängigkeit zwischen den Unternehmen besteht, bewirkt gemäß § 328 Abs. 1 AktG eine Mitteilung der einen an die andere Gesellschaft im Sinne der §§ 20, 21 grundsätzlich, daß diese die aus ihrer Beteiligung an jener fließenden Rechte nur für höchstens 1/4 aller Anteile ausüben kann (Ausnahme siehe § 328 Abs. 2 Akt). Durch diese Vorschrift soll die Neubildung von wechselseitigen Beteiligungen möglichst verhindert werden.¹⁶⁰

¹⁶⁰ Werner, JuS 1977, 141, 148.

V. Zusammenfassung

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß das Aktiengesetz im Dritten Buch insbesondere Regelungen zum Schutz der außenstehenden Aktionäre der Untergesellschaft beinhaltet. Eine ausführliche Regelung hat dabei der Vertragskonzern und hier vor allem der Beherrschungsvertrag erfahren.

Nur wenige Vorschriften finden sich hingegen zum faktischen Konzern. Allerdings darf nicht übersehen werden, daß das herrschende Unternehmen nach den §§ 311, 317 AktG im faktischen Konzern schärfer haftet als im Vertragskonzern. Dennoch überwiegt entgegen der Absicht des Gesetzgebers - die Bildung faktischer Konzerne, eine Tatsache, die die praktische Ineffizienz der Regelung in den §§ 311 f AktG unterstreicht. Festzuhalten bleibt, daß der Gesetzgeber im Dritten Buch des Aktiengesetzes einen umfassenden Schutz der Untergesellschaft bezweckte.

Demgegenüber finden sich zum Schutz der außenstehenden Aktionäre der Obergesellschaft nur vereinzelt gesetzliche Regelungen im Vertragskonzern. Im faktischen Konzern fehlen sie vollkommen. Der Gesetzgeber sah also diesbezüglich keine besondere Regelungsbedürftigkeit. Ob sich diese Annahme mit den tatsächlichen Gegebenheiten deckt, dieser Frage bleibt im folgenden nachzugehen.

C. Rechtliche Probleme der Konzernbildung in der Obergesellschaft

I. Die Konzernbildung im Aktien- und Konzernrecht

1. Definition und Wege zur Konzernbildung

Der Gegenstandsbereich der Konzernbildung kann auf der Grundlage der Konzerndefinition umrissen werden. Der Konzern stellt eine Zusammenfassung von Unternehmen dar. Merkmale dieses Zusammenschlusses sind die maßgebliche Beteiligung eines Unternehmens an einem anderen, die es erlaubt, durch Besetzung der Verwaltungsposten entscheidenden Einfluß auf die Führung dieses Unternehmens auszuüben; sowie als weitere Merkmale die rechtliche Selbständigkeit der Unternehmen und Einheitlichkeit der Leitung.^{161,162} Gründe für die Konzernierung sind dabei wettbewerbspolitischer, steuer- und mitbestimmungsrechtlicher sowie haftungsrechtlicher Natur.¹⁶³

Die Konzernbildung kann sich auf verschiedenen Wegen vollziehen¹⁶⁴:

161 Zöllner, JuS 1968, 297, 300; Emmerich/Sonnenschein, § 2 D I 2; Wiedemann, ZGR 1975, 385, 388.

162 Forster, u.a., S. 95ff.

163 Emmerich/Sonnenschein, § 2 D I; Zöllner, JuS 1968, 297, 302.

164 Vgl. Timm, Die AG 1980, 172, 174

- Erwerb von Tochtergesellschaften (ein fremdes Unternehmen wird ganz oder teilweise erworben);
- Ausgründung von Tochtergesellschaften (hierbei wird z.B. eine Geschäftseinheit unter Verlagerung des Betriebsvermögens auf eine neu zu gründende Tochtergesellschaft rechtlich verselbständigt);
- Eingehen einer Gleichordnungsverbindung (während die ersten beiden Konstruktionen auf die Entstehung eines Unterordnungskonzerns mit eindeutiger Abhängigkeit der Tochtergesellschaft gerichtet waren, ist hier keines der beteiligten Unternehmen von dem andern abhängig. Die einheitliche Leitung stützt sich auf Koordination z.B. über personelle Verflechtung).^{165,166}

2. Gesellschaftsrechtliche Konsequenzen aus der Konzernbildung

Die besondere gesellschaftsrechtliche Problematik der Konzernbildung wird hier vor dem Hintergrund der Aktiengesellschaft, die infolge der Verankerung des Konzernrechts im

¹⁶⁵ Emmerich/Sonnenschein, § 2 D II 1.

¹⁶⁶ Diese Betrachtungsweise soll gegenüber dem Unterordnungskonzern hier für die weitere Erörterung des Themas zurückgestellt werden; vgl. z.B. Barz, FS Kaufmann, S. 59 f.

Aktiengesetz im Mittelpunkt der Überlegungen steht, behandelt.¹⁶⁷

Der Aktionär einer (Publikums-) Aktiengesellschaft knüpft an den Erwerb seiner Aktien die Erwartung u.a. einer relativ sicheren Kapitalanlage und eine gewisse Gewinnerwartung. Solange die Gesellschaft eigenständig, d.h. nicht in einem bestimmten Konzern eingeordnet ist, kann er davon ausgehen, daß alle Aktionäre die gleichen Erwartungen haben. Sie werden nur eine solche Verwaltung dulden, die willens und in der Lage ist, diese Ziele zu verwirklichen.

Hierzu stehen den Aktionären eine Reihe von Instrumenten zur Verfügung: Informationen über Rechnungslegung, Teilnahme an Hauptversammlungen, Stimmrechte sowie bestimmte Minderheitsrechte, wie die Bestellung von Sonderprüfern.

Die Interessenlage ändert sich, wenn das Unternehmen in die Abhängigkeit von dritten, außerhalb der Unternehmensorganisation stehenden Personen, insbesondere in die Abhängigkeit von einem Großaktionär, gerät. Dieser kann maßgeblichen Einfluß auf die Verwaltung der Gesellschaft ausüben und somit über die Konzernleitung Maßnahmen durchsetzen, die z.B. der Obergesellschaft nützen, die sich jedoch für die Aktionäre der Untergesellschaft als nachteilig darstellen.¹⁶⁸

167 Zöllner, JUS 1968, 297, 299.

168 Großfeld, Aktiengesellschaft, S. 149 f.

Von dieser traditionellen Sichtweise ausgehend, wurde das Konzernrecht als Schutzrecht für die Minderheitsgesellschafter und Gläubiger der abhängigen Gesellschaft verstanden.¹⁶⁹ In neuerer Zeit finden sich Ansätze einer Sichtweise "von oben nach unten". Dies führt dazu, daß die Literatur beginnt, auch den Problemen der Konzernbildung innerhalb von Obergesellschaften Beachtung zu schenken. Behandelt wird hierbei z.B. der Aspekt der Zulässigkeit des Beteiligungserwerbs sowie die Frage, ob die Konzernbildung zu veränderten Zuständigkeiten im herrschenden Unternehmen führt.¹⁷⁰

Das Konzernrecht ist danach nicht nur als reines Schutzrecht sondern als Organisationsrecht zu verstehen.¹⁷¹ Es umfaßt hierbei die

- Herstellung
- Ausübung und
- Beendigung konzernrechtlicher Herrschaftsmacht.¹⁷²

Aus diesen beiden Grundansätzen für das Verständnis des Konzernrechts läßt sich nun die Grundproblematik der Konzernbildung ableiten:

169 Schilling, JZ 1957, 529, 530.

170 Timm, S. 3 f.

171 Schmidt, ZGR 1981, 454, 456 f.

172 Schmidt, § 17 I.

3. Das Grundproblem der Konzernbildung: Die rechtliche Gliederung und gleichzeitige organisatorische Einheit des Konzerns

In den Wirtschaftswissenschaften wird der Konzern überwiegend als wirtschaftliche Einheit betrachtet, d.h. die einzelnen Gesellschaften in der Gesamtorganisation wie einzelne Geschäftsbereiche unter gemeinsamer Leitung gesehen und behandelt.¹⁷³ Von Seiten der Rechtsordnung wird der Konzern jedoch weder als rechtliche Einheit begriffen, noch als solche behandelt.¹⁷⁴

Schmidt führt dazu aus: "Ein Hauptproblem des Konzernrechts besteht darin, ob ein aus einer Mehrheit bestehendes Konzernunternehmen als Einheit oder als Vielheit betrachtet werden soll. Je straffer ein Konzernunternehmen durchorganisiert ist, um so mehr drängt sich eine unternehmensrechtliche Einheitsbetrachtung auf.

Gesellschaftsrechtliche Betrachtung zwingt aber zur Besinnung auf die Vielheit der konzernzugehörigen Gesellschaften. Gewiß lassen die Leitungsstrukturen viele Konzerne als ein einheitliches Ganzes erscheinen, aber es ist nicht kleine Theorie, wenn man auf der Trennung der Rechtssubjekte besteht... Das bedeutet nun nicht, daß das Recht blind sein dürfte für die Tragweite der Unternehmensverbindungen."¹⁷⁵

173 Emmerich/Sonnenschein, § 2 D I 1.

174 Lutter, FS Westermann, S. 199, 349.

175 Schmidt, § 17, I, 2 c.

Die offensichtliche Divergenz zwischen rechtlicher Gliederung und organisatorischer Einheit zeigt, daß sich in der Überlagerung von Konzernstruktur und Innenstruktur der Einzelgesellschaften besondere Probleme für Gesellschaftsgläubiger und Minderheitsaktionäre sowie Organzuständigkeit und -struktur ergeben können.¹⁷⁶

Diese Probleme sind jedoch nicht rein theoretischer Natur, sondern in Abhängigkeit vom Vorgehen bei der Konzernbildung zu betrachten.¹⁷⁷ Es lassen sich dazu vier Problemkreise aus den unterschiedlichen Möglichkeiten zur Konzernierung herleiten:

1. die Gesamtvermögensübertragung bzw. der Erwerb von Tochtergesellschaften;
2. die Vermögensübertragung und Gegenstandsänderung in der Satzung;
3. die Aufnahme neuer Gesellschafter in die Tochtergesellschaft über Kapitalerhöhungen;
4. die Konzernbildung über Kapitalmaßnahmen in der Untergesellschaft

Unter dem Aspekt des Schutzes der Aktionäre in der Obergesellschaft ist bei diesen Ansätzen zu beachten, inwieweit durch diese Maßnahmen die Position der Aktionäre berührt wird und welche Möglichkeiten der Einflußnahme über Mitwirkungsrechte bestehen.

176 Ebenda.

177 Emmerich, FS Stimpel, S. 743, 747 f.

II. Die Konzernbildung und die Mitwirkung der Aktionäre der Obergesellschaft

1. Das allgemeine Problem der Konzernbildungskontrolle

Eine Kontrolle der Konzernbildung - sei es im Interesse der Untergesellschaft, ihrer Minderheitsgesellschafter und Gläubiger, sei es im Interesse der Obergesellschaft und ihrer Aktionäre - ist dem deutschen Konzernrecht weitgehend fremd, wenn man einmal von der Überführung des faktischen Konzerns in die Konzernform des Vertrags- oder Eingliederungskonzerns absieht.¹⁷⁸

Entsprechend wird überwiegend die Meinung vertreten¹⁷⁹, daß die Konzernbildung durch die Ausgründung oder den Erwerb von Tochtergesellschaften in den Handlungsrahmen der Verwaltung der Obergesellschaft falle und somit eine Beteiligung der Aktionäre der Obergesellschaft nicht in Betracht komme. Etwas anderes gelte nur dann, wenn es sich um eine Vermögensübertragung i.S.v. § 361 AktG handle. In neuerer Zeit wird jedoch unter dem Gesichtspunkt der faktischen Gegenstandsänderung eine Kontrollmöglichkeit der Aktionäre diskutiert. Umstritten ist

178 Reh binder, FS Coing, Band II, S. 429.

179 OLG Hamburg JZ 1981, 231 f., mit Anmerkung Großfeld; Lutter, FS Barz, S. 199, 210; GroßK-Wiedemann, § 179 Anm. 7.

dabei, wie eng die Grenzen für ein Mitwirkungsrecht der Aktionäre zu ziehen sind.¹⁸⁰

2. Problematik der individuellen Konzernbildungskontrolle nach § 119 Abs. 2 AktG

Neben diesem Problemkreis der allgemeinen Konzernbildungskontrolle wurde vom Bundesgerichtshof die Ausgliederung von Tochtergesellschaften noch unter dem Gesichtspunkt der individuellen Konzernbildungskontrolle gesehen.¹⁸¹ Für den Vorstand der Obergesellschaft soll dabei das ihm in § 119 AktG zugestandene Recht, die Hauptversammlung über eine Geschäftsführungsmaßnahme entscheiden zu lassen, zur Pflicht werden, wenn es sich um Maßnahmen handelt, durch die die Mitgliedsrechte der Aktionäre und ihr im Anteilseigentum verkörpert Vermögen Interesse so einschneidend berührt werden, wie im Falle der Ausgliederung oder beim Erwerb von Tochtergesellschaften. Die Nichtbeachtung dieser Vorschrift würde eine Verletzung der dem Vorstand obliegenden Sorgfaltspflicht darstellen.

Abzuwägen ist hierzu, ob ein solcher Ansatz über § 119 AktG in das aktienrechtliche System des Minderheitenschutzes passt¹⁸², das den Minderheiten überwiegend verfahrens-

180 Timm, Die AG 1980, 172, 175; ders., JZ 1982, 403, 404.

181 BGHZ 83, 122, 131.

182 vgl. z.B. Wiedemann, ZGR 1978, 483 f.

mäßige, nicht aber materiellrechtliche Sonderbefugnisse gewährt.^{183,184}

3. Konzernbildung über Kapitalmaßnahmen in der Untergesellschaft

Die Kapitalmaßnahmen in Tochtergesellschaften müssen mit zu den Problemen der Konzernbildung gerechnet werden, da sich hierüber die Leitungsstruktur im Konzern und die Stellung der Aktionäre entscheidend verändern können.¹⁸⁵

Ansatzpunkt der Überlegungen ist dabei das Bezugsrecht aus § 186 AktG: Hier steht die Sicherung des Einflusses aus der Mitgliedschaft im Vordergrund mit dem Ziel, diesen Einfluss auf die unmittelbaren und mittelbaren unternehmerischen Entscheidungen nicht zur Disposition der Verwaltung oder einer einfachen Mehrheit (§ 186 Abs. 3 AktG) zu stellen.¹⁸⁶ Deshalb ist es der Verwaltung nicht gestattet, gegen den Willen der bisherigen Gesellschafter deren Position durch die Aufnahme neuer Gesellschafter über Kapitalerhöhungen zu schwächen.

Wendet man nun diesen Grundsatz auf die Konzernbildung an, so ergibt sich eine besondere Problemstellung, wenn die Obergesellschaft einen Schwerpunkt ihrer unterneh-

183 Werner, ZHR 147 (1983), 440, 447.

184 siehe auch unter F.

185 Timm, Die AG 1980, 172, 183 f.

186 Lutter, FS Westermann, S. 347, 365.

merischen Aktivitäten über eine Tochtergesellschaft abwickelt und neue fremde Gesellschafter aufnimmt.

Da ein solches Vorgehen im Grundsatz nicht anders als der gleiche Vorgang in der Obergesellschaft zu beurteilen ist, wird die Verwaltung nach h.M. verpflichtet, bei einer nicht nur unwesentlichen Veränderung in ihrer Beteiligung an einer Konzerngesellschaft die Interessen ihrer eigenen Aktionäre nach § 186 Abs. 1, 2 u. 5 AktG sicherzustellen oder aber ihr Bezugsrecht unter Beachtung von § 186 AktG auszuschließen.¹⁸⁷

Folglich ergeben sich aus § 186 Abs. 3 AktG bei der Konzernbildung zwei Wege für Kapitalmaßnahmen¹⁸⁸:

- Die Kapitalerhöhung bei der Tochtergesellschaft wird von der Obergesellschaft voll übernommen; die Obergesellschaft deckt einen daraufhin bei ihr entstandenen Kapitalbedarf bei ihren eigenen Aktionären (Refinanzierungsmodell);
- Soweit die Obergesellschaft den Kapitalbedarf der Tochtergesellschaft nicht voll übernehmen will oder kann, werden in die Tochtergesellschaft unter Berücksichtigung von § 186 Abs. 3 AktG neue Gesellschafter aufgenommen (Modell der unmittelbaren Beteiligung Dritter).

¹⁸⁷ Lutter, FS Westermann, S. 347, 365.

¹⁸⁸ Timm, Die AG 1980, 172, 183.

4. Gewinnverwendung bzw. Rücklagenbildung in der Tochtergesellschaft einer Aktiengesellschaft

Schließlich ergibt sich noch aus der Sicht der Aktionäre einer Obergesellschaft das Problem der Gewinnverwendung und Rücklagenbildung in der Tochtergesellschaft. In diesem Zusammenhang entstehen bereits Möglichkeiten der Gewinnverlagerung von der Ober- in die Untergesellschaft, wenn man an den Spielraum denkt, der sich über konzerninterne Verrechnungspreise und Ausschöpfung von Wahlrechten bei der Bilanzierung von Anlage- und Umlaufvermögen oder Einbringung von Sacheinlagen ergibt.¹⁸⁹

Die daraus sich ergebenden Gewinne stehen in der Untergesellschaft dann zunächst zur Disposition für die Einstellung in die gesetzlichen und freien Rücklagen, § 58 Abs. 2 AktG.¹⁹⁰ Dabei steht es dem Vorstand der Obergesellschaft zunächst frei, wieviel in die freien Rücklagen der Tochtergesellschaft eingestellt wird und so nicht zur Ausschüttung in der Obergesellschaft kommen kann.

189 Kropff, FS Gessler, S. 111, 116 f.

190 vgl. zum Problem der Bildung von Rückstellungen: Forster, FS Stimpel, S. 759 f.

Im Anschluß hieran stellt sich jedoch die Frage, ob dieses Vorgehen des Vorstandes der Anwendung des § 58 Abs. 2 AktG in der Obergesellschaft Schranken setzt.¹⁹¹

III. Zusammenfassung

Aufgabe dieses Abschnitts war es aufzuzeigen, welche rechtlichen Probleme sich bei der Konzernbildung aus dem besonderen Blickwinkel der Aktionäre in der Obergesellschaft heraus ergeben. Hierzu wurde das Konzernrecht nicht nur als Schutzrecht für die Aktionäre der Untergesellschaft verstanden, sondern vielmehr als Organisationsrecht "von oben nach unten". Als Grundaspekt für die rechtlichen Probleme bei der Konzernbildung hat sich die wirtschaftliche bzw. organisatorische Einheit und gleichzeitige rechtliche Gliederung des Konzerns herausgestellt.

Hierdurch entstehen für die Verwaltung der Obergesellschaft Handlungsmöglichkeiten, die nicht mehr dem direkten Einfluß der Aktionäre der Obergesellschaft unterliegen, z.B. die Gewinnverwendung bzw. Rücklagenbildung in der Tochtergesellschaft.

Die Problemkreise waren insofern bei der Vermögensübertragung bzw. beim Erwerb von Tochtergesellschaften zur Entstehung von Konzernen zu umreißen. Es ergaben sich je

191 Lutter, FS Westermann, S. 347, 349, 364. Ausführliche Stellungnahme zu diesem Problem unten E III. 3.

nach Charakter der beabsichtigten Vermögensveränderung mehrere Ansätze, um die direkten Einflüsse der Aktionäre über die Hauptversammlung oder aber die indirekten Möglichkeiten der Einflußnahme über die Satzung zu beleuchten.

Im folgenden wird nun näher auf die gesetzlichen Regelungen der verbundenen Unternehmen eingegangen, um dann auf dieser Basis die Regelungslücken aufzuzeigen.

D. Regelungslücke

I. Einleitung

Bei der Einführung des Konzernrechts in das Aktiengesetz 1965 sah der Gesetzgeber seine Aufgabe vorwiegend in dem Schutz der abhängigen Gesellschaft, ihrer Aktionäre und ihrer Gläubiger¹⁹². Weniger Beachtung fanden bei dieser Kodifikation die Minderheitsaktionäre der Obergesellschaft¹⁹³.

Literatur und Rechtsprechung haben - insbesondere in den letzten Jahren - dazu angesetzt, durch erweiternde Auslegung oder Analogie gesetzlicher Regelungen, den Schutz dieser Aktionäre zu verbessern. Indessen gibt es auch Gegenstimmen in der Literatur, die die gesetzlichen Regelungen für ausreichend halten und die Notwendigkeit eines weitergehenden Schutzes verneinen.

Im Rahmen dieser Ausarbeitung soll am Beispiel zweier Problematiken im Bereich der Obergesellschaft aufgezeigt werden, daß die Regeln des Aktiengesetzes nicht in der Lage sind, den Minderheitsaktionär im erforderlichen Maße zu schützen.

192 Vgl. Schmidt, § 31 I 2; Hommelhoff, § 1 A III 4.

193 Hommelhoff, § 1 A III.

II. Holzmüller-Entscheidung - Ausgliederung eines Unternehmensteils

Der Schutz der Minderheitsaktionäre der Obergesellschaft wird, insbesondere im Zusammenhang mit der in der bekannten "Holzmüller-Entscheidung"¹⁹⁴ behandelten Problematik der Konzernentstehung durch Ausgliederung eines Unternehmensteils, heftig und kontrovers diskutiert.

Der Holzmüller-Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zu Grunde:

Es geht um die Wirksamkeit der Übertragung eines Gesellschaftsteils auf eine Tochtergesellschaft. Kläger ist ein Minderheitsaktionär bzw. dessen Rechtsnachfolger, Beklagte ist die J.F. Müller & Sohn AG.

Die J.F. Müller & Sohn AG betrieb seit ihrer Gründung das Holzgeschäft, insbesondere das Holzmaklergeschäft. 1938 hatte sie ein Gelände gepachtet, auf dem das Umschlagsgeschäft abgewickelt wurde. 1967 erhielt sie die vollen Umschlagsrechte für das Gelände. Von diesem Zeitpunkt an entwickelten sich hinsichtlich der Holz- und Umschlagsgeschäfte zwei im wesentlichen sachlich und persönlich getrennt geführte Betriebe. 1972 vollzog die Beklagte die rechtliche Trennung durch Ausgliederung des Umschlagsgeschäftes.

194 BGHZ 83, 122 f. = BGH, JZ 1982, 602 f. = BGH, Die AG 1982, 158 f.

Die rechtliche Trennung vollzog sich wie folgt:

Am 22.6.1972 gründete die Beklagte die Firma Holzmüller Hafenbetrieb-Beteiligungs GmbH. Am 14.7.1972 wurde in der ordentlichen Hauptversammlung die Satzung über den Gegenstand der Aktiengesellschaft geändert. Es sollte so die Voraussetzung für eine Ausgliederung des Hafenbetriebes aus der Aktiengesellschaft und dessen Überführung in eine neu zu gründende KGaA ermöglicht werden.

Am 13.11.1972 gründeten die Holzmüller Hafenbeteiligungs-GmbH, die J.F. Müller & Sohn AG und drei weitere Personen, die Holzmüller Seehafenbetrieb KGaA. Die GmbH war Komplementärin die Aktiengesellschaft war Kommanditaktionärin. Sie hatte den Seehafenbetrieb zum Buchwert eingebracht; sie hatte dafür knapp 100.000 Aktien a 50,-- DM erhalten. Am 27.12.1972 wurde die KGaA in das Handelsregister eingetragen.

In der ersten Hauptversammlung, die nach der Ausgliederung des Hafenbetriebs am 28.6.1973 stattfand, war dem Vorstand und dem Aufsichtsrat der Beklagten Entlastung für das Geschäftsjahr 1972 erteilt worden.

Die Kläger machten geltend, die Einbringung des Seehafenbetriebs in die KGaA sei wegen Verstoßes gegen zwingende Vorschriften des Aktiengesetzes und gegen § 138 BGB nichtig.

Das Landgericht Hamburg und das Oberlandesgericht Hamburg verwarfen die Klage. Der Bundesgerichtshof als Revisionsinstanz gab

der Klage aufgrund eines Hilfsfeststellungsantrags statt.

1. Schutzbedürfnis

Die Frage, ob das Gesetz die Minderheitsaktionäre der Obergesellschaft in ausreichendem Maße schützt, läßt sich nur dann beantworten, wenn man sich zunächst über den Umfang ihrer Schutzbedürftigkeit Klarheit verschafft hat.

Der BGH¹⁹⁵ führt zu der Schutzbedürftigkeit der Minderheitsaktionäre in der Holz-müller-Entscheidung folgendes aus:

"Verlagert eine Aktiengesellschaft wesentliche Teile ihres Betriebsvermögens auf eine Tochtergesellschaft, so schwächt diese Strukturänderung selbst dann, wenn sämtliche Anteile in der Hand der Obergesellschaft verbleiben, die Rechtsstellung ihrer Aktionäre. Diese verlieren dadurch namentlich die Möglichkeit, im Rahmen der gemäß § 119 AktG der Hauptversammlung vorbehaltenen Befugnisse den Einsatz des abgespaltenen Betriebskapitals, das Risiko seines Verlustes und die Verwendung seiner Erträge unmittelbar zu beeinflussen. Denn alle Gesellschaftsrechte in Tochterunternehmen übt bei 100-prozentiger Beteiligung der Vorstand der Obergesellschaft aus, für den hierbei formal - unbeschadet seiner Verantwortlichkeit gemäß § 93 AktG - weder die Satzung der Tochtergesellschaft noch verschärfte Minderheitsanforderungen ein unüberwindbares Hindernis bilden und der zum Beispiel auch

195 BGH, JZ 1982, 602 f.

bei der Verwendung des Jahresüberschusses praktisch keinen Beschränkungen unterliegt. Wichtige Entscheidungen werden auf diese Weise mit dem übertragenen Gesellschaftsvermögen aus der Ober- in die Tochtergesellschaft verlegt. Darüber hinaus besteht die Gefahr, daß der Vorstand namentlich durch Unternehmensverträge mit einem Dritten oder durch Aufnahme fremder Gesellschafter, etwa im Wege einer Kapitalerhöhung, die Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre in der Obergesellschaft vollends aushöhlt; damit können zugleich (wie z.B. bei einem zu niedrigen Ausgabekurs für neue Aktien) konkrete Vermögensverluste verbunden sein"¹⁹⁶.

Dem setzt Werner¹⁹⁷ entgegen, daß, in dem der BGH-Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt, die Hauptversammlung eine Satzungsänderung beschlossen und folgende Klausel in ihr Statut aufgenommen habe: "Die Aktiengesellschaft ist ferner berechtigt, andere Unternehmen zu errichten und zu erwerben, sowie sich an anderen Unternehmen zu beteiligen. Sie kann ihren Betrieb ganz oder teilweise solchen Gesellschaften überlassen." Der Vorstand habe sich demnach bei der Übertragung des Hafenbetriebes auf die neugegründete KGaA im Rahmen der Satzung und in den Grenzen seiner Vertretungsmacht bewegt¹⁹⁸.

196 BGH, a.a.O., 606.

197 Werner, ZHR 147 (1983), 429 f.

198 Werner, a.a.O., 431.

Zum Schutz der Minderheitsaktionäre führt er weiter aus: "Ein besonderer Minderheitenschutz wäre nur dann in Erwägung zu ziehen, wenn aus der Sicht des Bundesgerichtshofes bei einer Beschlußfassung... nicht die Mehrheitsentscheidung als solche maßgeblich wäre, sondern - anders als bei Verschmelzung, Vermögensübertragung, Umwandlung oder dergleichen - eine Interessenabwägung zu Gunsten der Minderheitsaktionäre vorgenommen werden müßte, es also nicht genüge, daß der Hauptversammlungsbeschluß gesetzmäßig und ohne Ermessensmißbrauch zustandegekommen ist. Von der Notwendigkeit einer solchen Interessenabwägung geht aber auch der Bundesgerichtshof nicht aus. Sie würde auch nicht in das aktienrechtliche System des Minderheitenschutzes passen, daß den Minderheiten grundsätzlich nur verfahrensmäßige, nicht aber materiellrechtliche Sonderbefugnisse gewährt. Kann man, wie dargelegt, davon ausgehen, daß die Aktionärsmehrheit mit Ausgliederungen o.ä. Maßnahmen in aller Regel einverstanden ist, so wäre, wie gerade der Holzmüller-Fall deutlich zeigt, ein dieses Einverständnis bestätigender Hauptversammlungsbeschluß eine unnütze Formalie."¹⁹⁹

Werner verneint mithin ein Schutzbedürfnis der Minderheitsaktionäre auf der Stufe der Konzernbildung (durch Ausgliederung) mit der Begründung, daß sie ohnehin gegen die Aktionärsmehrheit - deren Zustimmung sich (seiner Ansicht nach) der Vorstand versichern wird - eine Ausgliederung nicht verhindern können.

Hierin kann Werner nicht zugestimmt werden:

Überträgt der Vorstand der Obergesellschaft etwa wesentliche Vermögensteile auf die Tochtergesellschaft, ohne daß die Schwelle des § 361 AktG überschritten wird, so kann er hierdurch das Vermögen der Obergesellschaft vermindern und die Gewinnausschüttung negativ beeinflussen.

Wie den Vorschriften des Aktiengesetzes zum Schutz der Aktionäre der abhängigen Gesellschaft zu entnehmen ist, bezagt auch der Gesetzgeber ein Schutzbedürfnis der Minderheitsaktionäre, obgleich diese die Bildung des Konzerns als solchen nicht verhindern können (vgl. §§ 304, 311 AktG).

So ordnet er in § 320 AktG einen Hauptversammlungsbeschluß an, obgleich angesichts der Mehrheitsverhältnisse das Ergebnis bereits im Voraus auf der Hand liegt.

Ein Hauptversammlungsbeschluß, der am Ergebnis selbst nichts ändert, braucht keine unnötige Formalie zu sein, sondern er kann vielmehr Ausdruck der aktiengesellschaftlichen Zuständigkeitsordnung sein²⁰⁰.

Das von Werner gegen die Schutzwürdigkeit der Minderheitsaktionäre der Obergesellschaft vorgebrachte Argument trägt folglich nicht. Vielmehr ist den gesetzlichen Regelungen des Konzernrechts zum Schutz der Minderheitsaktionäre der Tochtergesellschaft zu entnehmen, daß der Gesetzgeber bemüht

200 Ausführliche Stellungnahme zu Werner bei Gessler, FS Stimpel, S. 771, 788/789.

ist, eine Entwertung ihrer Gesellschaftsanteile zu verhindern²⁰¹. Diese Gefahr besteht für die Minderheitsaktionäre der Obergesellschaft durch die Verlagerung von wesentlichen Vermögensteilen der Gesellschaft in gleichem Maße.

Das Fehlen ausdrücklicher Regelungen für die Minderheitsaktionäre der Obergesellschaft spricht ebenfalls nicht gegen ihre Schutzwürdigkeit. Es ist vielmehr damit zu erklären, daß der Gesetzgeber diese Problematik nicht erkannt hat²⁰².

Neben den finanziellen Nachteilen bringt die Ausgliederung für die Minderheitsaktionäre auch Beeinträchtigungen in ihrer Rechtsstellung mit sich. So führt die Ausgliederung zu einer Verlagerung in der gesellschaftsinternen Zuständigkeitsordnung. Mit der Übertragung des Gesellschaftsvermögens wird ein wesentlicher Teil der zutreffenden Entscheidungen nunmehr in der Unter- gesellschaft gefällt. Dort entscheidet dann der Vorstand der Obergesellschaft in seiner Funktion als Gesellschafter der Unter- gesellschaft. Den Aktionären der Obergesellschaft wird folglich die Möglichkeit genommen, im Rahmen des § 119 Abs. 1 AktG den Einsatz des abgespaltenen Betriebskapitals,

201 So auch in der Bewertung der gesetzlichen Regelungen: Mestmäcker, FS Kronstein, S. 129 f., 131; Kölner Komm.-Biedenkopf/Koppensteiner, Vorbem.zu §291 RdNr.5

202 Ebenso für einen Teilaspekt: Götz, Die AG 1984, 85, 87; zur Entstehungsgeschichte des AktG 1965: Hommelhoff, S. 32 f.; siehe auch D I.

das Risiko des Verlustes und die Verwendung seiner Erträge unmittelbar zu beeinflussen.

Die Minderheitsaktionäre sind somit der Gefahr ausgesetzt, durch die Ausgliederung an Einfluß in vermögensmäßiger und rechtlicher Hinsicht zu verlieren. Es ist mithin, dem BGH folgend, die Schutzwürdigkeit auch der Minderheitsaktionäre der Obergesellschaft zu bejahen.

2. Gesetzliche Regelungen

Im Anschluß hieran stellt sich die Frage, ob das Aktiengesetz in seiner jetzigen Form in der Lage ist, diesen Schutz in ausreichendem Maße zu gewährleisten.

a. Mitwirkungsbefugnis der Hauptversammlung

Bei der Ausgliederung ist in erster Linie zu fragen, ob die Gründung des Tochterunternehmens die Übertragung von Unternehmensanteilen der Mitwirkung der Hauptversammlung der künftigen Konzernobergesellschaften bedarf. Eine solche kommt unter verschiedenen Gesichtspunkten in Betracht.

aa. § 361 AktG

Nach § 361 AktG bedarf ein Vertrag, durch welchen sich eine Aktiengesellschaft zur Übertragung ihres gesamten Vermögens verpflichtet, einer qualifizierten Mehrheit in der Hauptversammlung. Eine solche Vermögensübertragung liegt beispielsweise dann vor,

wenn die Aktiengesellschaft zu einer Holding-Gesellschaft wird.

Bei der Ausgliederung wird hingegen nur ein Teil des Gesellschaftsvermögens übertragen. § 361 AktG erfaßt seinem Wortlaut nach diesen Fall nicht. § 361 AktG könnte jedoch über seinen Wortlaut hinaus Anwendung finden.

So hat die Rechtsprechung zum Beispiel im Rahmen von § 419 und § 1365 BGB auch einzelne Gegenstände als "Vermögen im Ganzen" angesehen, wenn sonstiges wesentliches Vermögen nicht vorhanden ist²⁰³.

Der BGH führt hierzu in der Holzmüller-Entscheidung aus: "Ist, wie hier, Gegenstand der Vermögensübertragung ein lebendes Unternehmen, so entfällt daher nach Wortlaut und Zweck der Tatbestand des § 361 AktG nur, wenn die Gesellschaft mit dem zurückbehaltenen Betriebsvermögen noch ausreichend in der Lage bleibt ihre in der Satzung festgelegten Unternehmensziele weiterhin, wenn auch in eingeschränktem Umfang, selbst zu verfolgen"²⁰⁴.

Da von der Ausgliederung - wie auch die Holzmüller-Entscheidung zeigt - in der Regel nur Teilbereiche des Unternehmens erfaßt werden, ist die selbständige Lebensfähigkeit des Restunternehmens in der überwiegenden Anzahl der Fälle gegeben.

203 BGHZ 66, 217 f. (zu § 419 BGB); BGHZ 77, 293 f. (zu § 1365 BGB).

204 BGH, JZ 1982, 602, 603.

Diese Differenzierung nach der selbständigen Lebensfähigkeit des Restunternehmens wird von manchem²⁰⁵ als zu eng empfunden. Ihrer Ansicht nach bezweckt § 361 AktG nicht nur die Sicherung der Tätigkeit der Gesellschaft, sondern zugleich den Schutz der Struktur des Unternehmens im Interesse der Gesellschaft. Die gesellschaftlichen Rechte der Aktionäre bezögen sich nur auf ihre Gesellschaft und sie hätten deshalb nur noch beschränkte Möglichkeiten auf die Entscheidungsbildung in der Tochtergesellschaft und damit auf das übertragene Vermögen Einfluß zu nehmen. Es sei daher gerechtfertigt aus § 361 AktG die alleinige Kompetenz der Hauptversammlung zur Entscheidung über die Ausgliederung abzuleiten.

Diese Auslegung ist indessen mit der Gesetzesfassung des § 361 AktG schwer vereinbar, da § 361 AktG anders als § 23 Abs. 2 Nr. 1 GWB ("ganz oder zu einem wesentlichen Teil") von einer Übertragung "des Vermögens" spricht. "Zudem würden die dann auftretenden Abgrenzungsschwierigkeiten zu einer Rechtsunsicherheit führen, die im Hinblick auf die durch § 361 AktG eingeschränkte Vertretungsmacht des Vorstandes untragbar wäre"²⁰⁶.

§ 361 AktG ist also im Ergebnis kein scharfes Schwert zum Schutz der Minderheitsaktionäre der Obergesellschaft.

205 So Timm, Die AG 1980, 172, 177.

206 So der BGH, JZ 1982, 602, 604.

bb. § 179 AktG

Eine Mitwirkungsbefugnis in der Hauptversammlung kommt ferner in Betracht, wenn die übertragene Aktiengesellschaft mit der Veräußerung ihres Vermögens den Gegenstand des Unternehmens ändert. Dieser muß nach **§ 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG** in der Satzung umschrieben werden, wodurch der Aktionär vor nicht bekannten Risiken geschützt werden soll²⁰⁷. Daher ist die Gegenstandsänderung nur im Wege der Satzungsänderung möglich, die nach **§ 179 Abs. 2 AktG** mit qualifizierter Mehrheit durch die Hauptversammlung beschlossen werden muß²⁰⁸. Unterbleibt ein solcher Beschluß, so spricht man von einer rechtswidrigen "faktischen Satzungsänderung"²⁰⁹.

Die Frage, ob es zur Konzernbildung durch Ausgliederung von Unternehmensteilen einer satzungsmäßigen Ermächtigung bedarf oder ob es für die Zulässigkeit der Konzernbildung nur darauf ankommt, daß sich die Aktivitäten der Tochtergesellschaft innerhalb des in der Satzung der Konzernobergesellschaft festgelegten Unternehmensgegenstandes bewegen, wird von den einzelnen Autoren des Schrifttums unterschiedlich beantwortet²¹⁰.

207 Kölner Komm.-Kraft, **§ 23 Rdn. 43**.

208 Kölner Komm.-Zöllner, **§ 179 Rdn. 18**; Godin/Wilhelmi, **§ 179 Anm. 7**.

209 Schmidt, **§ 32 V 3 a**.

210 Siehe zum Meinungsspektrum: Götz, Die AG 1984, 85, 89/90; Mertens, Die AG 1978, 309, 310/311.

Hinzu kommt noch, daß in der Praxis vielfach der in der Satzung festgelegte Unternehmensgegenstand so weit und umfassend bestimmt ist, daß von ihm formal alle vom Vorstand beabsichtigten Maßnahmen gedeckt sind²¹¹. Von Gessler²¹² wird daher der Vorschlag unterbreitet, nicht auf den formal in der Satzung umschriebenen Unternehmensgegenstand abzustellen, sondern anhand der tatsächlich ausgeübten geschäftlichen Tätigkeit das Vorliegen einer Änderung zu ermitteln.

Eine solche Sichtweise geht jedoch offensichtlich über den Wortlaut des Gesetzes hinaus. Von einer "einfachen" Anwendung des Gesetzes kann daher hier nicht die Rede sein. Die Ausführungen Gesslers dokumentieren vielmehr, daß die Ansicht, die das Vorliegen einer Satzungsänderung und damit die Zuständigkeit der Hauptversammlung bejaht, den Anwendungsbereich der §§ 23 Abs. 3, 179 Abs. 3 AktG ausweitet. Dieser Streit ist daher m.E. nach kein Problem der Gesetzesanwendung, sondern er ist dem Bereich der Ausfüllung von Regelungslücken zuzuordnen²¹³.

211 Gessler, FS Stimpel, S. 771, 782/783.

212 Gessler, a.a.O., S. 783.

213 Die ausführliche Behandlung dieser Problematik erfolgt unter E III 1 c).

cc. § 293 Abs. 2 AktG

Gemäß § 293 Abs. 2 AktG muß einem Gewinnabführungs- oder Beherrschungsvertrag auch die Hauptversammlung der Obergesellschaft zustimmen. Diese Vorschrift erfaßt jedoch nur die Fälle, in denen die konzernmäßige Verflechtung auf einem Vertrag beruht²¹⁴. Ihr Schutz versagt jedoch bei einem nur faktischen Konzernverhältnis, wie es etwa durch Ausgliederung entstehen kann.

dd. § 119 Abs. 2 AktG

Neben den Fällen, in denen nach § 119 Abs. 1 AktG das Gesetz die Zuständigkeit der Hauptversammlung zwingend anordnet, besteht die Möglichkeit, daß der Vorstand der Hauptversammlung eine Frage der Geschäftsführung gemäß § 119 Abs. 2 AktG zur Entscheidung vorlegt. Dem Gesetzeswortlaut des § 119 Abs. 2 AktG ("kann") läßt sich entnehmen, daß es dem freien Ermessen des Vorstandes unterliegt, ob er von einer solchen Vorlagemöglichkeit Gebrauch macht oder nicht.

Nach Ansicht des Bundesgerichtshofes²¹⁵ und eines Teiles der Literatur²¹⁶ gibt es aber Fälle, in denen sich aus der Sorgfaltspflicht des Vorstandes das Erfordernis einer

214 Ausführlich Emmerich/Sonnenschein, § 6 II 2.

215 BGH, JZ 1982, 602, 604.

216 Timm, S. 175 f.; GroßK-Barz, § 119 Anm. 7.

Befragung der Hauptversammlung ergibt. Der Bundesgerichtshof begründet dies so:

"Es gibt jedoch grundlegende Entscheidungen, die durch die Außenvertretungsmacht des Vorstandes, seine gemäß § 82 Abs. 2 AktG begrenzte Geschäftsführungsbefugnis wie auch durch den Wortlaut der Satzung formal noch gedeckt sind, gleichwohl aber so tief in die Mitgliedsrechte der Aktionäre und deren im Anteilseigentum verkörpert Vermögensinteresse eingreifen, daß der Vorstand vernünftigerweise nicht annehmen kann, er dürfe sie in ausschließlich eigener Verantwortung treffen, ohne die Hauptversammlung zu beteiligen. In solchen Fällen verletzt der Vorstand seine Sorgfaltspflicht, wenn er von der Möglichkeit des § 119 Abs. 2 AktG keinen Gebrauch macht."²¹⁷

Betrachtet man die Entstehungsgeschichte des § 119 Abs. 2 AktG, so drängt sich indessen ein anderes Verständnis dieser Norm auf. So führt Martens aus: "§ 119 Abs. 2 AktG ist nach dem subjektiven Verständnis des Gesetzgebers nicht konzipiert worden, um dem Vorstand aufzugeben, anlässlich grundsätzlicher Maßnahmen im Rahmen seines unternehmenspolitischen Ermessens darüber zu befinden, ob die Aktionäre in den Entscheidungsprozeß einzubeziehen sind oder nicht. Vielmehr besteht das entstehungsgeschichtliche Anliegen dieser Vorschrift ausschließlich in einer haftungsrechtlichen Funktion. Dem Vorstand soll die Möglichkeit eröffnet werden, sich durch das Plazet der Hauptver-

sammlung der mit der anstehenden Maßnahme verbundenen Haftungsrisiken entledigen zu können. Deshalb steht § 119 Abs. 2 AktG in einem teleologischen Zusammenhang mit § 93 Abs. 4 S. 1 AktG. Aus dieser Sicht stellt § 119 Abs. 2 AktG keine Ermessensvorschrift mit aktionärsbegünstigender Zielsetzung dar, sondern eine ausschließlich die Haftungsin-
teressen des Vorstandes reflektierende
Regelung. Der Vorstand darf dieses Appella-
tionsrecht im eigenen Interesse ausüben".²¹⁸

Entnimmt mithin der BGH dem § 119 Abs. 2 AktG eine Vorlageverpflichtung des Vor-
standes, so ist dies eine Sichtweise, die
über die eigentliche Bedeutung des § 119
Abs. 2 AktG hinausgeht und damit der Ausfü-
llung gesetzlicher Regelungslücken dient. Ob
diesem Verständnis des § 119 Abs. 2 AktG
zugestimmt werden kann, ist daher auch in
jenem Zusammenhang zu erörtern²¹⁹. Es kann
daher an dieser Stelle festgestellt werden,
daß auch § 119 Abs. 2 AktG den Minderheits-
aktionär der Obergesellschaft nicht schützt.

ee. Zusammenfassend zur Mitwirkungsbefugnis

Die obigen Ausführungen haben gezeigt, daß
sich aus keiner "Konzernrechtsnorm" des Ak-
tiengesetzes ein Mitwirkungsrecht der Haupt-
versammlung der künftigen Konzernoberge-

218 Martens, ZHR 147 (1983), 377, 383/384
mit weiteren Ausführungen zur Ent-
stehungsgeschichte; vgl. auch Kölner
Komm.-Zöllner, § 119 Rdn. 36; Geßler-
Eckhardt, § 119 Rdn. 16, 17; Teich-
mann-Koehler, § 103 Anm. 3.

219 Siehe dazu E III 1 a).

sellschaft bei der Ausgliederung eines Unternehmensteils ergibt.

b. Schadensersatzansprüche der Aktionäre

Neben der Möglichkeit durch Abstimmung in der Hauptversammlung Einfluß auf die "Konzernpolitik" zu nehmen, gewährt das Aktiengesetz den Aktionären unter gewissen Voraussetzungen auch das Recht, Schadensersatz zu fordern.

Dieses Schadensersatzrecht des Aktiengesetzes stellt möglicherweise den erforderlichen Schutz der Minderheitsaktionäre der Obergesellschaft dar. Spezielle konzernrechtliche Schadensersatzansprüche ergeben sich aus §§ 309, 310 AktG. Diese Vorschriften regeln die Verantwortlichkeit der gesetzlichen Vertreter des herrschenden und der Verwaltungsmitglieder des abhängigen Unternehmens, wenn die Verbindung beider Unternehmen in einem Beherrschungsvertrag besteht²²⁰. Erfasst wird mithin nicht der faktische Konzern, auch schützen diese Normen nur die abhängige Gesellschaft und ihre Gesellschafter. Schadensersatzansprüche beim faktischen Konzern ergeben sich aus § 317 AktG. Aber auch diese Vorschrift gewährt nur der abhängigen Gesellschaft und deren Gesellschaftern einen Anspruch²²¹.

Hierin hat das Aktiengesetz aber mit § 117 AktG noch eine allgemeine Schadensersatznorm. Danach ist schadensersatzpflichtig,

220 Henn, S. 89/90.

221 Henn, S. 91 f.

wer vorsätzlich unter Benutzung seines Einflusses auf die Gesellschaft ein Mitglied des Vorstandes oder des Aufsichtsrates, einen Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten dazu bestimmt zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre zu handeln²²². Der Schutz gemäß § 117 AktG ist insofern umfassend, als Haftender nicht nur ein Aktionär oder Mitglied des Vorstandes bzw. Aufsichtsrates sein kann, sondern vielmehr auch jeder Dritte²²³. Auch hat der Tatbestand im Vergleich zum Aktiengesetz von 1937 eine wesentliche Ausweitung erfahren²²⁴.

Allerdings legt § 117 AktG dem Aktionär, der wirtschaftliche Nachteile für sich befürchtet, die Verpflichtung auf, abzuwarten bis sich diese Nachteile zu einem konkret berechenbaren Vermögensschaden verdichtet haben. § 117 AktG bietet mithin keinen Schutz, wenn es um die Verhinderung von Schädigungen der Minderheitsgesellschafter geht. Auch kann es nach Ansicht des BGH²²⁵ dem Aktionär nicht zugemutet werden, ihn sehenden Auges seiner Schädigung auszusetzen.

3. Schlußbetrachtung zur Ausgliederung

Die Überprüfung der Normen des Aktiengesetzes, die den Schutz der Aktionäre zum Gegenstand haben, hat gezeigt, daß keine

222 Henn, S. 98.

223 Godin/Wilhelmi, § 117 Anm. 3.

224 Vgl. Godin/Wilhelmi, § 117 Anm. 4.

225 BGH, JZ 1982, 602, 603.

dieser Vorschriften im stande ist, die Minderheitsaktionäre einer Obergesellschaft von den für sie negativen Folgen einer Ausgliederung eines Unternehmensteiles umfassend zu schützen. Das Aktiengesetz weist insofern eine regelungsbedürftige Lücke auf.

III. Rücklagenbildung im Konzern

Im Anschluß an die Holzmüller-Entscheidung des BGH ist in der Literatur die zweite Problematik, die Gegenstand dieser Ausarbeitung sein soll, sehr kontrovers erörtert worden. Hierbei handelt es sich um die Frage, ob bei Berechnung des Betrages, der nach § 58 Abs. 2 AktG in Rücklagen gestellt werden darf, die Verwaltung der Konzernobergesellschaft auch die Gewinnthesaurierung der Konzerntöchter mit zu berücksichtigen hat. Allgemein ausgedrückt, geht es um die Frage, ob und wie § 58 Abs. 2 AktG bei den einzelnen zu einem Konzern gehörenden Gesellschaften anzuwenden ist.

§ 58 AktG regelt die Abgrenzung der Aufgaben von Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung bei der Festlegung des Jahresabschlusses und der Verwendung des Jahresüberschusses. Danach kann die Satzung nur für den Fall, daß die Hauptversammlung den Jahresabschluß feststellt, bestimmen, daß Beträge aus dem Jahresabschluß in freie Rücklagen einzustellen sind. Aufgrund einer solchen Satzungsnorm kann höchstens die Hälfte des Jahresüberschusses in freie Rücklagen eingestellt werden (§ 58 Abs. 1 AktG).

Stellen Vorstand und Aufsichtsrat den Jahresüberschuß fest, so können sie einen Teil des Jahresüberschusses, höchstens jedoch die Hälfte, freien Rücklagen zuführen, wobei die Satzung Vorstand und Aufsichtsrat zur Einstellung eines größeren Teils in freie Rücklagen ermächtigen kann (§ 58 Abs. 2 AktG).

Bei wortgetreuer Anwendung des § 58 Abs. 2 AktG würde über den Jahresabschluß und seine Verwendung in der Tochtergesellschaft der Vorstand der Obergesellschaft entscheiden, ohne daß die Aktionäre der Obergesellschaft hierauf Einfluß hätten.

Ein Teil der Literatur sieht hierin eine Gefährdung der Rechtsstellung der Aktionäre der Obergesellschaft. Hefermehl/Bungeroth stellen das Problem so dar: "darüber hinaus bringt bei Konzernen der Einfluß des Vorstands der Muttergesellschaft auf die Bilanzierung und Gewinnverwendung der Tochterunternehmen zusätzliche Gefahren für die Gewinnverwendungskompetenz der Aktionäre der Muttergesellschaft mit sich. Wird der bei den Tochtergesellschaften anfallende Gewinn bereits dort durch Bildung stiller Reserven oder offener Rücklagen ganz oder teilweise gebunden, so tritt bei der Muttergesellschaft ein entsprechend geringerer Jahresüberschuß in Erscheinung. Bei tiefgestaffelten Konzernen kann auch eine nur teilweise Gewinnthesaurierung auf jeder Stufe dazu führen, daß in der Bilanz der Muttergesellschaften nur noch ein Bruchteil des

Konzerngewinns in Erscheinung tritt. § 58 AktG läuft dann weitgehend leer."²²⁶

Für eine wortgerechte Anwendung des § 58 Abs. 2 AktG auch bei Konzerngesellschaften plädiert hingegen Thomas²²⁷. Er setzt hierbei dem Gewinnanspruch des Aktionärs der Obergesellschaft die wirtschaftliche Lage des Konzerns, also seine Konsolidierungs-, Liquiditäts- oder Finanzerfordernisse, entgegen²²⁸. Auf der selben Linie liegt auch Werner²²⁹. Auch er spricht sich dafür aus § 58 AktG im Konzern nicht anders anzuwenden als in sonstigen Fällen. So habe der Gesetzgeber diese Problematik im Konzern nicht etwa übersehen, sondern das Aktiengesetz bringe gerade seine Sorge zum Ausdruck, daß die Rücklagenbildung in der Untergesellschaft im Konzern behindert werden könnte. Werner gelangt zum Schluß, daß der Gesetzgeber bewußt das Ausschüttungsinteresse des Gesellschafters der Obergesellschaft hint angestellt habe²³⁰.

Indessen spricht die systematische Stellung dieser Vorschrift im Dritten Teil des Ersten Buches des Aktiengesetzes über die

226 Geßler-Hefermehl/Bungeroth, § 58 Rdnr. 8; ebenso in der rechtlichen Einschätzung: Lutter, FS Westermann, S. 347 f., Gessler, Die AG 1985, 257 f.; Timm, S. 90/91.

227 Thomas, ZGR 1985, 365 f.; für die Zulässigkeit einer wörtlichen Anwendung auch Goerdeler, Wpg 1986, 229, 234.

228 Thomas, ZGR 1985, 365, 379.

229 Werner, FS Stimpel, S. 935 f.

230 Werner, a.a.O., S. 941 f.

Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter eher für eine Anwendung auf einzelne nicht in einem Verbund stehende Aktiengesellschaften²³¹.

Ferner erweitert das Recht der Verwaltung der Obergesellschaft, durch die Ausübung der Aktionärsrechte in der Tochtergesellschaft Rücklagenbildungen zu beschließen, den Raum zur Verschiebung der Vermögenssubstanz auf die Tochtergesellschaft²³² und der Vermin- derung der Gewinnausschüttungsaussichten²³³.

Wendet man § 58 Abs. 2 AktG wortgemäß an, so eröffnet man dem Vorstand die Möglich- keit, die Minderheitsaktionäre "auszuhun- gern", indem der Vorstand als Haupt/Allein- aktionär der Tochtergesellschaft gemäß § 58 Abs. 2 S. 2 AktG die Einstellung des über- wiegenden Überschusses in die Rücklagen beschließen und so einen den Gesellschaftern der Obergesellschaft als Dividende zuflie- ßenden Gewinn drastisch schmälert.

Die wortgemäße Anwendung des § 58 Abs. 2 AktG löst folglich das Problem der Rück- lagenbildung im Konzern nicht in einer Art und Weise, die den Minderheitsaktionär der Obergesellschaft ausreichenden Schutz ge- währt. Es besteht also auch hier ein Bedürf- nis für eine konzerngemäße Lösung.

231 So auch Gessler, Die AG 1985, 257, 260.

232 Die sich hieraus für die Aktionäre der Obergesellschaft ergebenden Nachteile sind bereits unter D II umfassend erörtert worden.

233 So auch Lutter, FS Westermann, S. 347 f.

E: LösungswegeI. Einleitung

Wie die obigen Ausführungen gezeigt haben, schützen die Regelungen des Aktiengesetzes den Minderheitsaktionär der Obergesellschaft nicht im ausreichendem Maße. Es stellt sich daher nun die Frage, ob durch erweiternde Auslegung oder durch Analogie gesetzlicher Regelungen ein umfassender Schutz dieser Gruppe zu erreichen ist. Hierzu erscheint es sinnvoll, sich zunächst einmal die Grundkonzeption des Aktiengesetzes zu vergegenwärtigen.

Der den Zuständigkeitsregeln des Aktiengesetzes zugrundeliegende Normalfall einer Aktiengesellschaft ist der einer selbständigen, autonom wirtschaftenden. Die wirtschaftlichen Entscheidungen werden dort grundsätzlich vom Vorstand getroffen (§ 76 AktG), die Aktionäre nehmen im Rahmen ihrer durch das Gesetz gewährleisteten Möglichkeiten auf sie Einfluß. Sie üben Mitverwaltungsrechte aus mit dem Schwerpunkt des Rechtes der Entscheidung über die Verwendung des Bilanzgewinns²³⁴, über die Entlastung der Verwaltung²³⁵ und über die Satzungsänderung; ferner wirken sie bei unternehmerischen Grundentscheidungen wie Kapitaler-

234 §§ 58, 174 AktG.

235 § 120 AktG.

höhungen²³⁶ und Unternehmensverträgen²³⁷ mit.

Durch diese Art der Verteilung von Zuständigkeiten in einer Aktiengesellschaft stellt das Aktiengesetz ein System der Kontrolle her, das besonders dem Schutz der Aktionäre dient²³⁸.

Die Zuständigkeiten der Hauptversammlung schützen außerdem die Interessen der Minderheitsaktionäre: sie ermöglichen die Geltendmachung von Informationsrechten insofern als sie den Vorstand zur Offenlegung der den Zuständigkeiten zugrundeliegenden Sachmaterien zwingen. Auch ihr Stimmrecht üben die Aktionäre im Rahmen der Hauptversammlungszuständigkeit aus. Gerade Informations- und Stimmrecht sind aber Instrumente des Minderheitenschutzes²³⁹. Wenn also im folgenden von den Rechten der Hauptversammlung gesprochen wird, ist darin im besonderen Maße das Recht der Minderheitsaktionäre eingeschlossen.

Wie wirkt sich nun der vertragliche oder faktische Zusammenschluß von Unternehmen unter Wahrung ihrer rechtlichen Selbständigkeit (Konzernierung)²⁴⁰ auf die Zuständigkeitsstruktur aus? Bei der Beantwortung

236 §§ 182 f. AktG.

237 z.B. §§ 293, 34 a AktG.

238 Wohl h.M.; statt vieler: Lutter, FS Westermann, S. 347, 348; Emmerich/Sonnenschein, B II 3.

239 Schmidt, § 16 III. 3.

240 Begriffsdefinition entspr. Emmerich/-Sonnenschein, § 1 B II.

dieser Frage soll entsprechend dem obigen Kapitel²⁴¹ die Konzerngründung durch Ausgründung betrachtet werden sowie deren Einwirkung auf die Rücklagenbildung²⁴² im Konzern.

Im Rahmen seiner grundsätzlich selbstverantwortlichen Leitung der Gesellschaft kann der Vorstand Vermögensaktiva auf rechtlich eigenständige Unternehmen übertragen, ohne daß es der Mitwirkung der Hauptversammlung bedürfte; dies ist jedenfalls dann möglich, wenn es sich um keine 100-prozentige Vermögensübertragung im Sinne des § 361 AktG handelt²⁴³.

Der Vorstand der Obergesellschaft kann also Vermögenswerte in ein rechtlich selbstständiges Unternehmen übertragen, in welchem er allein über den Einsatz der wirtschaftlichen Mittel entscheidet. Denn ist der Vorstand der Obergesellschaft Gesellschafter der Untergesellschaft, so obliegt ihm letztlich die Entscheidung über die Mittelverwendung in der Untergesellschaft. Der Hauptversammlung der Obergesellschaft ist damit die Möglichkeit genommen, im Rahmen des § 119 Abs. 1 AktG den Einsatz des abgespaltenen Kapitals, das Risiko des Verlustes und die Verwendung seiner Erträge unmittelbar zu beeinflussen²⁴⁴.

Indem der Vorstand der Obergesellschaft als einziger bzw. Hauptaktionär des Tochter-

241 Vgl. D II, III.

242 § 58 II AktG.

243 Vgl. D II 2 a).

244 Timm, JZ 1982, 403 f.

unternehmens die freien Rücklagen gemäß § 58 Abs. 2 AktG mit Hilfe einer von ihm beschlossenen Satzung über 50% des Gewinns ausbaut, kann er das Gewinnrecht der Aktionäre der Obergesellschaft illusorisch machen, wenn der ausgelagerte Vermögensteil nur groß genug ist²⁴⁵. Bezüglich der Kapitalerhöhung gilt ähnliches: "Da der Vorstand sozusagen seine eigene Hauptversammlung" darstellt, kann er innerhalb der Untergesellschaft die Kapitalerhöhung unter Herausgabe von Bezugsrechten an sich selber erwerben oder sie Dritten anbieten. Es ist möglich, daß dies mittelbar dazu führt, daß der Wert der Beteiligungen der Aktionäre der Obergesellschaft verwässert und ihr Bezugsrecht ausgehöhlt wird²⁴⁶.

Auch in diesem Fall ist das Mitwirkungsrecht der Aktionäre der Obergesellschaft illusorisch geworden. Sie mit der bisher herrschenden Meinung darauf zu verweisen, daß ihnen formal ja keine Rechte verloren gingen, hieße, ihnen ein Mitverwaltungsrecht zuzuweisen, das seines materiellen Inhalts beraubt ist²⁴⁷. Will man also das Mitverwaltungsrecht des Aktionärs in der Obergesellschaft wirksam schützen, muß man die Zuständigkeitsordnung zwischen Hauptversammlung und Vorstand der Obergesellschaft wieder herstellen²⁴⁸. D.h., es muß dafür Sorge

245 Vgl. Lutter, FS Westermann, S. 347, 361 f.

246 Vgl. BGH, JZ 1982, 602, 607.

247 Vgl. auch Lutter, FS Westermann, S. 347, 351.

248 Reh binder, ZGR 1983, 92, 94 m.w. Nachw.

getragen werden, daß die grundlegenden Entscheidungen der Hauptversammlung zufallen, was auch der gesetzlichen Wertung im Rahmen der autonomen Aktiengesellschaft entspricht.

Es ist oben bereits gezeigt worden²⁴⁹, daß das geltende Konzernrecht zwar den Aktionär der Untergesellschaft, nicht aber der Obergesellschaft schützt. Auch aus den Regeln des Aktienrechts, die sich mit der autonomen Aktiengesellschaft befassen, läßt sich ein solcher Schutz nicht herleiten²⁵⁰. Das Aktiengesetz ist also bezüglich des Schutzes der Aktionäre vor den Folgen einer Konzernbildung durch Ausgründung lückenhaft²⁵¹. Nach der Auffassung des Schrifttums, daß eine Schließung der Gesetzeslücke de lege lata befürwortet, ist zur Wiederherstellung eines ausgewogenen Verhältnisses zwischen den Organen der Obergesellschaft die Anerkennung sogenannter "ungeschriebener Hauptversammlungskompetenzen" erforderlich²⁵².

Generell sind zwei Wege denkbar, die in der autonomen Aktiengesellschaft bestehende Zuständigkeitsordnung wiederherzustellen. Zunächst ist es denkbar, die Entscheidung über die Konzernbildung überhaupt dem Votum der Hauptversammlung der Obergesellschaft zu unterwerfen. Andererseits besteht die Möglichkeit, nach der Konzernbildung bestimmte

249 Vgl. D II 2, III.

250 Vgl. D II 2 a) bb), dd), III.

251 Vgl. D II 2.

252 Reh binder, ZGR 1983, 92, 94 m.w. Nachw.

Entscheidungen in der Untergesellschaft der Hauptversammlung der Obergesellschaft vorzulegen²⁵³.

II. Gedankendarstellung

Zunächst soll im folgenden untersucht werden, ob die Konzernbildung in Form der Ausgründung durch die Anerkennung unbeschriebener Hauptversammlungskompetenzen von der Hauptversammlung der Obergesellschaft kontrolliert werden kann. Daran schließt sich die Prüfung der Frage an, ob nach erfolgter Konzernbildung die Begründung einer Zuständigkeit der Hauptversammlung der Obergesellschaft in Angelegenheiten der Untergesellschaft möglich ist. Insbesondere soll dies für die Frage des Umfangs der Gewinnansprüche der Aktionäre im Konzern behandelt werden.

III. Lösungsansätze

Der Gedanke der ungeschriebenen Mitwirkungsrechte geht aus der - von Lutter entwickelten - Anwendung der allgemeinen Pflichten des Vorstandes zur ordentlichen Verwaltung, spezifiziert durch die Normen des Aktienrechts, auf das Problem ungeschriebener Hauptversammlungskompetenzen in Untergesellschaften hervor²⁵⁴:

253 Reh binder, a.a.O.

254 Lutter, FS Westermann, S. 347, 364; mit Modifikationen Timm, Die AG 1980, 172 f.; Hommelhoff, passim; Reh binder, FS Coing II, S. 423 f., ders., ZGR 1983, 92 f.

Aus dieser Pflicht des Vorstandes zur Beachtung der jeweiligen Aktionärsrechte folgt, daß sich "die Rechte der Aktionäre über die Grenzen der Obergesellschaft auf den Konzern insgesamt verlängern"²⁵⁵. Dieser allgemeine Ansatz ist im Schrifttum modifiziert worden²⁵⁶.

1. Hauptversammlungszuständigkeit bei der Konzernbildung

Über verschiedene Wege ist versucht worden, eine ungeschriebene Zuständigkeit der Hauptversammlung der Obergesellschaft bei der Konzernbildung durch Ausgründung zu begründen.

a. Der Weg der Rechtsprechung: § 119 Abs. 2 AktG

Der BGH wählt als rechtlichen Anknüpfungspunkt, aus dem sich eine erweiterte Zuständigkeit der Hauptversammlung bei der Ausgründung ergeben soll, § 119 Abs. 2 AktG. Nach dieser Bestimmung soll eine Hauptversammlung auch für einige Maßnahmen der Geschäftsleitung zuständig sein. Zu solchen Maßnahmen gehören dem BGH zufolge, "grundlegende Entscheidungen, die durch die Außenvertretungsmacht des Vorstandes, seine gemäß § 82 Abs. 2 AktG begrenzten Geschäftsführungsbefugnis wie auch durch den Wortlaut der Satzung formal noch gedeckt sind, gleich-

255 Reh binder, FS Coing II, S. 423, 424.

256 s. Hinweis Fn. 254. 256

wohl aber so tief in die Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre und deren im Anteilseigentum verkörpert Vermögensinteressen eingreifen, daß der Vorstand vernünftigerweise nicht annehmen kann, er dürfe sie in ausschließlich eigener Verantwortung treffen, ohne die Hauptversammlung zu beteiligten²⁵⁷.

Schon der Wortlaut "Maßnahmen, die so tief in die Mitgliedsschaftsrechte der Aktionäre und deren ... Vermögensinteressen eingreifen", deutet wegen des unbestimmten Begriffs "Vermögensinteressen" auf einen weiten Bereich möglicher Anwendungsfälle hin.

Diesem ersten Anschein entspricht die an dem Urteil geübte Kritik²⁵⁸: "Die hinsichtlich der Ausgliederung vertretene Konkretisierung des § 119 Abs. 2 AktG ist nämlich, sofern man diese Maßnahme unter dem Aspekt eines schwerwiegenden Eingriffs in die Rechte und Interessen der Aktionäre betrachtet, auch in anderen, vergleichbaren Fällen geboten. So werden die Interessen der Aktionäre ebenso berührt, wenn ein Unternehmensanteil nicht ausgegliedert, sondern stillgelegt wird In beiden Fällen wird das Kapitalengagement der Aktionäre in gleicher Weise berührt. Sie haben ihre Aktien unter Betrachtung der bisher bestehenden Unternehmen strukturell verändert. In vergleichbarer Weise können die berechtigten Erwartungen durch Einzelmaßnahmen erschüttert werden, die wegen ihrer immensen Kapitalinvestition

257 BGHZ 83, 122, 131.

258 Martens, ZHR 147 (1983), 377, 381 f.

... und ihrer gesamtpolitischen Relevanz von grundlegender Bedeutung sind".

Dem ist zuzustimmen²⁵⁹: Allein das Abstellen auf den Schweregrad des Eingriffs in Rechte und Interessen der Aktionäre ist kein überzeugender Grund für die Unterscheidung zwischen rechtsformrelevanten und rechtsformneutralen, d.h. unternehmensinternen Maßnahmen.

Im übrigen sprechen die o.g.²⁶⁰ schwerwiegenden entstehungsgeschichtlichen und teleologischen Bedenken dagegen, daß § 119 Abs. 2 AktG als rechtlicher Anknüpfungspunkt für die Begründung einer ungeschriebenen Zuständigkeit der Hauptversammlung für Ausgliederungsmaßnahmen geeignet ist.

b. Herleitung der Ausgründungskontrolle aus Konzernverfassungsrecht - der Weg Hommelhoffs

Eine neuere konzernrechtliche Schule betrachtet Konzernrecht nicht nur als der Konzernherrschaft entgegengesetztes Schutzrecht²⁶¹, sondern als ein Organisationsrecht des Konzerns als rechtlich gegliedertem Unternehmen. Hieraus hat insbesondere auch Hommelhoff für die Hauptversammlung der Ober-

259 im Ergebnis so auch Rehbindner, ZGR 1983, 92, 98 f.; Werner, ZHR 147 (1983), 429, 432; Hübner, FS Stimpel, S. 791; Geßler, FS Stimpel, S. 771, 776.

260 Vgl. D II 2 a) dd).

261 Formulierung nach Schmidt, S. 370 m.w. Nachw.

gesellschaft in einem Konzern weitreichende Konsequenzen gezogen. Die Verpflichtung des Vorstandes zur Erreichung des Gesellschaftszwecks beizutragen ist der Ausgangspunkt von Hommelhoffs Überlegungen. Darin sind auch die Tochtergesellschaften einbezogen. Der Vorstand ist zur Konzernleitung verpflichtet. Aus der Leitungspflicht (§ 76 AktG) wie auch aus der Verpflichtung auf Verfolgung des satzungsgemäßen Gegenstandes folgt "das rechtsverbindliche, zur aktiver Betätigung verpflichtende Haftungsprogramm der Gesellschaft"²⁶², das in "seiner vollen Breite ausgefüllt und erfüllt werden" muß²⁶³.

Im Gegensatz zu anderen, die es dem Vorstand überlassen wollen, wie intensiv er die Leitungspflicht wahrnimmt²⁶⁴, obliegt es nach Hommelhoff dem Vorstand, das gesamte Konzerngeschehen bis in alle Einzelheiten der Tochteraktivitäten zu leiten, die Durchführung seiner Entscheidungen zu kontrollieren und lenkend einzugreifen²⁶⁵.

Dieser umfassenden Leitungspflicht des Vorstandes stehen aber im faktischen Konzern, um den es ja hier gehen soll, Gegenkräfte gegenüber, die Hommelhoff analysiert. An den Bestimmungen der §§ 311 f AktG zeigt er auf, daß der Tochtervorstand verantwortlich über den Vollzug auch der konzernrele-

262 Hommelhoff, S. 65, 69.

263 Hommelhoff, S. 66.

264 a.A. Schneider, BB 1981, 249, 253; Timm, Die AG 1980, 172, 184.

265 Hommelhoff, S. 419

vanten Maßnahmen entscheidet²⁶⁶. Zwar darf er Veranlassungen der Konzernleitung folgen²⁶⁷, ohne augenblicklich Gegenleistung dafür verlangen zu müssen, "die Risiken aus dieser Veranlassung gehen aber zu Lasten der faktisch konzernierten Tochtergesellschaft"²⁶⁸. Faktische Konzern sind wohl nur in dezentralisierter Form möglich²⁶⁹.

Danach steht der Vorstand der Obergesellschaft in einem Spannungsverhältnis: Pflicht zu intensiver Konzernleitung auf der einen, Rücksichtnahme auf die Autonomie der Tochtergesellschaft auf der anderen Seite. Zur Lösung dieses Spannungsverhältnisses schlägt Hommelhoff vor, den umfassenden Leitungsauftrag konzernverfassungsgesetzlich zu beschränken. Die Rücknahme des Leitungsauftrages soll entsprechend § 293 Abs. 2 AktG durch die Hauptversammlung erfolgen²⁷⁰.

Aber auch den §§ 292 Abs. 1 Nr. 3, 293 Abs. 1 AktG sei zu entnehmen, daß nur die Hauptversammlung "vom umfassenden gesetzlichen Leitungsauftrag ... auf dem Weg der Zustimmung zum Betriebsüberlassungsvertrag mit qualifizierter Mehrheit Dispens erteilen kann"²⁷¹. Der Gedanke des § 293 Abs. 2 AktG sei schließlich der, daß wegen der Risiken für die Untergesellschaft aus dem Bereich

266 Hommelhoff, S. 120.

267 Hommelhoff, S. 113.

268 Hommelhoff, S. 121.

269 Reh binder, ZHR 147 (1983), 464, 465.

270 Hommelhoff, S. 300.

271 Hommelhoff, S. 283.

der Tochtergesellschaft, die durch den Vorstand nicht beherrschbar seien, es des Einverständnisses der Aktionäre bedürfe.

Dies gilt nach Hommelhoff auch für den faktischen Konzern, er wendet § 293 Abs. 2 AktG also auf ihn entsprechend an. Hommelhoff hält daher eine einseitig Konzernierungserklärung des Vorstandes für erforderlich²⁷², der die Hauptversammlung der Obergesellschaft mit qualifizierter Mehrheit zustimmen müsse. Als Inhalt der Konzernierungserklärung verlangt Hommelhoff die Niederlegung des konzernorganisatorischen Grundkonzepts²⁷³.

Hommelhoffs Konzeption hat einige Kritik erfahren. Die Bedenken beziehen sich auf die dogmatische Herleitung der Hauptversammlungs-Zuständigkeit²⁷⁴ wie auch auf das Gesamtanliegen, Lücken im Konzernrecht durch ein umfassendes Konzernverfassungsrecht zu füllen. Insbesondere die Analogien zu den §§ 292 Abs. 1 Nr. 3, 293 Abs. 1 AktG bzw. § 293 Abs. 2 AktG zur Begründung für die Zuständigkeit der Hauptversammlung bei der Konzernbildung stoßen auf Kritik. Rehbinders bemerkt, daß im Hinblick darauf, daß im faktischen Konzern die Einflußmöglichkeiten der Konzernleitung weitaus größer seien, als die des überlassenen Unternehmens beim Betriebsüberlassungsvertrag, der Grundgedanke des § 292 Abs. 1 Nr. 3 AktG auf den

272 Hommelhoff, S. 408.

273 Hommelhoff, S. 40 f.

274 Rehbinders, ZHR 1983, 464 f.; Kropff, ZGR 1984, 112, 120 f.; Rittner, AcP 183 (1983), 295, 300 f.

faktischen Konzern nicht zutreffe²⁷⁵. Dem ist zuzustimmen, wenn man überdies bedenkt, daß durch die Zustimmung der Hauptversammlung im Fall des § 293 Abs. 1 AktG die Risiken, die das überlassene Unternehmen übernimmt, von ihr mitgetragen werden sollen. Dies ist aber etwas ganz anderes, als eine Zustimmung zur Aufgabe des Leitungsauftrages des Vorstandes, den Hommelhoff hinter dem § 293 Abs. 1 Nr. 3 AktG sieht.

Hinsichtlich der Analogie zu § 293 Abs. 2 AktG bemerkt Reh binder²⁷⁶ zutreffend, diesen Normen könne die von Hommelhoff behauptete Zustimmung der Hauptversammlung zur Risikoübernahme ohne völlige Herrschaftsmöglichkeit nicht entnommen werden; denn bei der Bildung eines Eingliederungskonzerns gemäß § 319 AktG, bei der die Herrschaftsmöglichkeit nicht verloren gehen, sei gemäß § 319 Abs. 2 AktG ebenfalls eine Zustimmung der Hauptversammlung notwendig. Diese aber wäre dann ja praktisch ohne Sinn. Festzustellen ist mithin, daß die von Hommelhoff vorgenommenen Analogien dogmatisch bedenklich sind. Sein Konzept ist daher abzulehnen.

Es sind in der Literatur aber auch verschiedentlich Argumente vorgebracht worden, die sich im Grundsatz gegen Hommelhoffs Versuch der Statuierung eines Konzernverfassungsrechts wenden. "Mit dem konzernverfassungsrechtlichen Ansatz ist jedenfalls im Aktienrecht der Bereich legitimer, d.h. Wertvorstellungen des Gesetzes nachvoll-

275 Reh binder, ZHR 147 (1983), 464, 470.

276 Reh binder, a.a.O., 471.

ziehender Rechtsfortbildung verlassen"²⁷⁷. Reh binder nimmt dies an, weil die von Hommelhoff postulierte Pflicht des Vorstandes der Obergesellschaft zu intensiver Konzernleitung zu einer potentiellen Dauergefährdung der Interessen der Untergesellschaft führe²⁷⁸. Diese Bedenken teilt Rittner²⁷⁹. Er hat gegen ein Konzernverfassungsrecht insbesondere einzuwenden, daß es auf begrifflich-systematische Zusammenhänge reduziert sei, die nicht so stabil wären wie sie sein sollten. Die Konzernleitungspflicht bleibe nun mal nach Inhalt und Umfang sehr unscharf. Die Rechtsdogmatik dürfe nur mit primär rechtsdogmatischen Begriffen "Rechtsperson", "Vertrag", "Eigentum" weiterdenken. Dieser Position soll hier nicht weiter nachgegangen werden, sie wird später in einem ähnlichen Zusammenhang zu behandeln sein. Eine solche Kritik sollte aber nicht in eine Apologie der einmal vom Gesetzgeber getroffenen aber rechtspolitisch nicht befriedigenden²⁸⁰ der von Konzernbildung ... betroffenen Interessen münden"²⁸¹.

Es ist im folgenden besonders nach dogmatisch überzeugenden Anknüpfungspunkten für ungeschriebene Hauptversammlungs-Kompetenzen zu suchen.

277 Reh binder, a.a.O., 467.

278 Reh binder, a.a.O.

279 Rittner, AcP 183 (1983), 295, 308.

280 Vgl. E I.

281 Reh binder, ZHR 147 (1983), 464, 467.

c. Ausgründungskontrolle über Analogie zu
§§ 179 Abs. 2 S. 2 i.V.m. 23 Abs. 3 Nr. 2
AktG

Im folgenden soll der Versuch dargestellt werden, die Ausgründung unter dem Gesichtspunkt der sog. faktischen Satzungsänderung zu erfassen²⁸². Damit ist eine Satzungsänderung gemeint, die nicht durch Beschluß der Hauptversammlung auf dem "normalen" Wege geschieht, sondern vom Vorstand der Obergesellschaft durch die Ausgliederung faktisch vollzogen wird. Eine solche satzungsändernde Ausgliederung soll dann aber einer satzungsändernden Mehrheit entsprechend § 179 Abs. 2 S. 2 AktG bedürfen²⁸³.

Die Vertreter dieser Meinung leiten ihre Ansicht wie folgt her: Ausgangspunkt ist § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG, der nach dieser Ansicht - im Interesse der Begrenzung des Risikos der Aktionäre - zum Ausdruck bringt, daß die ernsthaft ins Auge gefaßte Unternehmenstätigkeit genau in der Satzung beschrieben werden muß²⁸⁴. Der Vorstand soll sich erstens sein Tätigkeitsgebiet nicht selbständig wählen können und zweitens an einem möglichen Wechsel des vorgesehenen Aufgabenbereichs aus eigener Machtvollkommenheit gehindert werden. Daher soll gemäß § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG das Erfordernis einer präzisen

282 Zum Begriff auch C II.

283 Reh binder, FS Coing II, S. 424, 425 f.; Timm, passim; ders., Die AG 1980, 172, 177 f.

284 Reh binder, a.a.O., S. 432.

Festlegung der Branchenbezeichnung bestehen. Ebenso soll die Art und Weise des Tätigwerdens der Gesellschaft beschrieben werden müssen²⁸⁵. Unter Art und Weise des Tätigwerdens ist danach das Tätigwerden entweder im Bereich der Dienstleistung oder der Produktion oder des Handels zu verstehen²⁸⁶. Der Vorstand hat den Rahmen zu beachten, der ihm gesteckt ist²⁸⁷.

Zu prüfen ist, ob die Ausgründung nun über den gesteckten Rahmen hinausgeht, d.h. den satzungsgemäßen Tätigkeitsbereich aufgibt. Nach einer Meinung soll dies nicht der Fall sein, weil und solange der Obergesellschaft eine eigene Wiederaufnahme ohne weiteres möglich ist²⁸⁸.

Mit Reh binder²⁸⁹ wird man aber wohl auf einen anderen Aspekt der Ausgründung abstellen müssen: Durch die Ausgründung einer Tochtergesellschaft verwandelt sich ein Produktions- oder Dienstleistungsunternehmen in eine Holding, die "wegen der Aufgabe autonomer Zielverwirklichung und selbständiger Gewinnerzielung keine Unternehmertätigkeit darstellt, die man noch als Produktion- oder Dienstleistung auf dem Markt kennzeichnen kann"²⁹⁰. Dadurch entstünden unter Umständen ganz andere Risiken für die

285 Timm, S. 24.

286 Timm, S. 23.

287 Timm, S. 24.

288 Mertens, Die AG 1978, 309, 310 m.w. Nachw.

289 Reh binder, FS Coing II, S. 424, 433.

290 Reh binder, a.a.O.

Gesellschafter, die nicht minder groß sein, wenn zwar nicht der ganze aber doch ein Schwerpunkt der Tätigkeit verlagert wird (Teil-Holding)²⁹¹. Als Ergebnis ist festzustellen, daß nach der darzulegenden Ansicht die Ausgründung eine faktische Satzungsänderung darstellen kann.

Sehr häufig wird aber die Satzung einer Aktiengesellschaft eine Klausel enthalten, die die Möglichkeit der Gründung anderer Unternehmen oder eine Beteiligung daran vorsieht. Timm versucht nun nachzuweisen, daß an die Bestimmtheit einer solchen Konzern-Ermächtigungs-Klausel hohe Anforderungen zu stellen sind. Er leitet dies aus den Konsequenzen her, die die Übertragung von Vermögen auf ein rechtlich selbständiges Unternehmen zur Folge hat: Die Rechte der Konzerntochter würden der Obergesellschaft inkorporiert. Die Obergesellschaft müsse diese zusätzlichen Interessen berücksichtigen. Ihr Bilanzgewinn sei unter Umständen der Verfügungsmacht der Hauptversammlung der Obergesellschaft entzogen. Arbeitnehmerinteressen in der Tochtergesellschaft könnten zu deren Verselbständigung führen, wenn ihnen ein Mitspracherecht nach dem Mitbestimmungsgesetz zukomme²⁹². "Konzern-Klauseln" seien wegen dieser Gefahren eng auszulegen: in der Regel erlaubten sie lediglich eine Annextätigkeit in Form einer Teil-Holding, die nicht den Unternehmensschwerpunkt enthalten dürfe. Sie bezögen sich auch lediglich auf die Organisationsstruktur,

291 i.d.S. Reh binder, a.a.O., S. 424, 425 f.; Timm, passim.

292 Timm, S. 24.

ersetzen aber nicht eine Hauptversammlungs-Zustimmung nach § 293 AktG, erlaubten also auch keine Änderung der Beteiligungsstruktur²⁹³.

Die o.g. Interessensdivergenzen werden aber bei der Ausgründung auf eine 100-prozentige Tochtergesellschaft selten auftreten, so daß in diesem Falle eine Ausgründung wohl immer problemlos möglich ist.

Timm geht weiter der Frage nach²⁹⁴, ob Ausgründungen allein durch den Vorstand der Obergesellschaft auf Gesellschaften möglich sind, an denen bereits Minderheitsinteressen anderer bestehen und die unter dem bisher behandelten Aspekt der faktischen Satzungsänderung nicht zu fassen sind. Er prüft, ob auch solche Ausgründungen den Gegenstand der Obergesellschaft verändern.

Ausgangspunkt ist der Gegenstand des Unternehmens. Er umfasse nicht nur das oben bereits erwähnte - sachliche Unternehmensziel; die nicht konzernierte Gesellschaft sei ausschließlich in ihrem eigenen Interesse zu führen (= autonome Zielverwirklichung)²⁹⁵. Das sachliche Ziel sei autonom zu erreichen; dies sei keine bloße sachliche Gegenstandsbeschreibung. Zusammen mit der aus § 76 AktG folgenden Pflicht des Vorstan-

293 Timm, S. 131, 135, ebenso Rehbindner, FS Coing II, S. 424, 434.

294 Rehbindner folgt hier Timm nicht weiter, sondern erörtert einen Weg über die §§ 186 Abs. 3, 71 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3; 293 Abs. 2, 317 Abs. 2 AktG

295 Timm, S. 52 f.

des zur Geschäftsleitung innerhalb des Gegenstandes des Unternehmens sei "der Vorstand... auf autonome Zielverwirklichung im Gegenstandsbereich der Gesellschaft verpflichtet"²⁹⁶. Im Konzern bedeutet dies, daß die Gesellschaft nur dann ihren Gegenstand autonom verfolgt, "wenn ihre Herrschaft über das Tochterunternehmen rechtlich und faktisch noch gesichert ist"²⁹⁷. Dies sei nur dann der Fall, wenn die Obergesellschaft die Fremdherrschaft etwa durch einen Herrschaftsvertrag noch beseitigen kann und wenn die Entscheidungsgewalt auf den Feldern der Geschäftsführung, Eigenkapitalbasis und Unternehmensgegenstand gesichert sei²⁹⁸. Für die Mitwirkung der Hauptversammlung der Obergesellschaft bei Ausgründungen bedeutet dies, daß wenn "die Verwaltung der Obergesellschaft von diesen Grundsätzen abweichen, d.h. von einem nicht unbedeutenden Teil ihres statuarischen Gegenstandes Teile ausgründen und in ein Gemeinschaftsunternehmen einbringen (ergänze: will)... sie auf die zustimmende Mitwirkung der Hauptversammlung nach § 179 Abs. 2 S. 2 AktG angewiesen" ist²⁹⁹.

Als Ergebnis ist somit festzuhalten, daß die Ausgründung in einem gewissen Umfang nach dem Gesichtspunkt der faktischen Satzungsänderung erfaßt werden kann.

296 Timm, S. 136.

297 Timm, S. 137.

298 Timm, S. 133.

299 Timm, S. 143.

Ansatz für Kritik aber ist gerade der relativ beschränkte Bereich in dem Ausgründungen als Gegenstandsänderungen in der Obergesellschaft bemerkbar werden. Dies gibt auch Timm selber zu. Er stellt fest, daß Auswirkungen auf den Gegenstand im mehrstufigen Konzern wohl nicht zu erwarten sind und auch im einstufigen Konzern fehlen, wenn z.B. eine Gesellschaft mehrere Sparten außer in einer noch in andere Tochtergesellschaft verfolgt³⁰⁰. Dieser Kritikpunkt bleibt bestehen.

Martens wendet ein, die Tochterbildung schaffe schließlich nicht nur Risiken, sondern könne unter Umständen eine Risikoverteilung bedeuten. Außerdem gebe es auch im eingliedrigen Unternehmen Risiken, die der Aktionär nicht beherrsche und die einer Stellung in wirtschaftlicher Hinsicht stärker gefährdeten als Ausgründungen³⁰¹.

Dem ist sicherlich zuzustimmen. Das Abstellen lediglich auf die Durchsetzbarkeit bzw. Gefährdung von Aktionärsinteressen im Zusammenhang mit Mitwirkungsrechten der Aktionäre ist aber höchst einseitig. Es ist dem mit Hommelhoff zu entgegen, daß die Kompetenz der Hauptversammlung auch Teil eines objektiv-rechtlichen, gewalt- und funktionsteilenden System der Machtbalance innerhalb der Aktiengesellschaft ist³⁰². Mit der Hauptversammlungs-Kompetenz ist auch eine Publizität von Konzernierungsvorhaben

300 Timm, S. 166 f.

301 Martens, ZHR 147 (1983), 377, 379 f.

302 so auch Schmidt, § 28 V.

gegeben, die deren kritische Überprüfung möglich macht. Möglichkeiten des Stimmrechtsgebrauchs dienen nicht zuletzt auch dem Schutz der Minderheitsaktionäre³⁰³.

Einen weiteren Einwand gegen Timm bringt aber Martens³⁰⁴. Sein Vorwurf richtet sich generell gegen die bisher vertretene Konzeption ungeschriebenen Mitwirkungsbefugnisse: "Solange es nicht gelingt, die materiellen Entscheidungskriterien... (ergänze: von) Kompetenzkonflikten zu konkretisieren, und lediglich an die rechtsformrelevante Wirkung angeknüpft wird, ist die Konzeption unausgereift"³⁰⁵.

Martens Kritik kann entgegengehalten werden:

Das Kriterium, an das das System anknüpft, ist der Gegenstand einer Unternehmung im Sinne § 23 Abs. 3 Nr. 2. Es ist gezeigt worden, daß die Differenzierung in Produktions-Dienstleistungsbereich/Holding-Tätigkeit eine sachgerechte, griffige Bestimmung des Gegenstandes erlaubt. Auch für die Autonomie in der Gesellschaft läßt sich über Sperrminorität ein präzises Kriterium für die Bejahung oder Verneinung der Zustimmungsbefugnis der Hauptversammlung der Obergesellschaft entwickeln. § 179 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG sind unter den hier behandelten Gesichtspunkten mithin

303 Schmidt, § 16 III 3.

304 Martens, ZHR 147 (1983), 377, 393 f.

305 Martens, a.a.O.

geeignet, eine ungeschriebene Hauptversammlungs-Zuständigkeit zu begründen³⁰⁶.

2. Konzernleitung und Recht der Aktionäre

Im folgenden ist zu untersuchen, ob wegen der Auswirkungen, die die einzelnen Maßnahmen der Konzernleitung in der Untergesellschaft auf die Rechte der Aktionäre in der Obergesellschaft haben können, deren Beteiligung erforderlich ist.

a. § 186 Abs. 3 AktG

§ 186 AktG ist für den Aktionär in zweifacher Hinsicht von Bedeutung: nach wohl ganz herrschender Meinung schützt er sowohl den in der Mitgliedschaft verkörperten Wert, als auch, und das ist für den Schutz des Aktionärs von besonderer Bedeutung, die Beteiligungsstruktur in der Aktiengesellschaft³⁰⁷. Nach überwiegender Meinung bedeutet die Zulassung Dritter in der Untergesellschaft zur Übernahme neuen Kapitals keine Gefährdung des Wertes der Beteiligungen³⁰⁸. Der Zweck der Vorschrift ist nach Meinung einiger Stimmen der Literatur aber dann berührt, "wenn die Beteiligungsstruktur in der Obergesellschaft durch andere Maßnahmen als eine Kapitalerhöhung" beeinträchtigt

306 So auch Reh binder, FS Coing II, S. 424, 432.

307 Statt vieler Lutter, FS Westermann, S. 347, 364 m.w. Nachw.

308 Lutter, a.a.O., S. 365.

wird³⁰⁹. Das sei dann der Fall, wenn Dritte an einer ausgegründeten Gesellschaft beteiligt würden, weil die Obergesellschaft in ihren Einflußmöglichkeiten auf die Untergesellschaft nicht mehr autonom sei³¹⁰. Im Einzelnen sei aber zu differenzieren, weil sich der Einfluß von Beteiligungen auf die Obergesellschaft nicht immer gleich sei. Man müsse unterscheiden hinsichtlich der Höhe der Beteiligung, die gegeben werde; Dieses Kriterium entfällt jedoch, wenn es sich um die ständige Aufnahme von Fremdgesellschaftern handle³¹¹. Eine weitere Differenzierung ist nach dieser Meinung auch hinsichtlich der Bedeutung einer Gesellschaft für die Sparte im Gesamtunternehmen erforderlich³¹².

b. §§ 292, 293 AktG

Nach Lutter kann man den §§ 292, 293 AktG ein allgemeines Prinzip entnehmen, daß die Mitwirkung der Hauptversammlung der Obergesellschaft bei der Entstehung von Gemeinschaftsunternehmen unabhängig davon fordert, ob sie in der Form der §§ 292 Abs. 1 Nr. 1, 293 Abs. 1 AktG zustandekommen³¹³. Lutter wendet die §§ 292, 293 AktG analog auf Teilfusionen durch Gewinnabführungs-

309 Reh binder, FS Coing II, S. 424, 439, der zusätzlich noch §§ 293 II, 319 AktG heranzieht.

310 Lutter, FS Westermann, S. 347, 364 m.w. Nachw.

311 Lutter, a.a.O., S. 365 f.

312 Lutter, a.a.O.

313 Lutter, FS Barz, S. 199, 213 f.

verträge und Ausgliederungen an. Er will aber wieder differenzieren nach der Bedeutung des Einzelfalles. Bei geringfügigen Auswirkungen auf das Vermögen bzw. Gewinn der Leitung der Obergesellschaft soll die Hauptversammlung der Obergesellschaft nicht beteiligt werden müssen.³¹⁴

c. § 119 Abs. 2 AktG

Nach der Rechtsprechung des BGH im Holz-müller-Fall ist, wie oben erwähnt, eine wichtige, sich auf ihrer Rechtsstellung nachhaltig auswirkende Grundentscheidung Voraussetzung für die Mitwirkungsbefugnisse der Aktionäre der Untergesellschaft. Wann solche Entscheidungen grundsätzlich vorliegen wird nicht gesagt. Timm hält Geschäftsführungsmaßnahmen für unter diese Norm subsumtionsfähig.

d. Kritik am Konzept der Mitwirkung der Aktionäre der Obergesellschaft im Konzern

An einer Beteiligung der Hauptversammlung Obergesellschaft im Wege der Einzelanalogie ist Kritik geübt worden.

Es ist insbesondere der oben erwähnte Einwand Martens zu prüfen, ob es im Wege dieser Einzelanalogien gelungen ist, Entscheidungskriterien zu konkretisieren, wann genau Kompetenzkonflikte zwischen der Hauptver-

sammlung der Obergesellschaft - Vorstand der Obergesellschaft - auftreten³¹⁵.

Es ist schon bei der Darstellung der Analogien herausgestellt worden, daß immer wieder Ausnahmen/Differenzierungen hinsichtlich der Frage vorgenommen werden, wann nun ein Recht der Hauptversammlung der Obergesellschaft betroffen bzw. hinreichend genug betroffen ist, um Grund für eine Hauptversammlungs-Kompetenz zu sein. Aus den jeweiligen Normen, aus denen die Analogien hergeleitet werden, lassen sich offenbar keine präzisen Kriterien entwickeln, die eine sichere Abgrenzung erlauben. Insbesondere ist ungeklärt, wie weit in die "Tiefe" des Konzerns die Hauptversammlungs-Kompetenzen der Obergesellschaft reichen können. Hier bleibt offensichtlich eine erhebliche Unsicherheit. Solche Unsicherheiten setzen den Vorstand der Obergesellschaft stets dem drohenden Vorwurf der Pflichtverletzung aus, wenn er nicht sicher weiß, wann er die Hauptversammlung einzuschalten hat.

Martens macht auf eine weitere Gefahr aufmerksam: die Verlängerung einer Vielzahl von Entscheidungsbefugnissen in die Untergesellschaft würden diese und ihre Aktionäre in ihren Rechten und Interessen bedroht. Reh binder sieht ebenfalls diese Gefahr, der "Dauergefährdung"³¹⁶ der Untergesellschaft und zieht daraus die Folgerung, daß Konzernbildungskontrolle vor der Konzernleitungs-

315 Martens, ZHR 147 (1983), 377, 393.

316 Reh binder, ZGR 1983, 92, 99.

kontrolle Vorrang haben müsse³¹⁷. Dem ist zuzustimmen.

3. Konzernleitung und Rechte der Aktionäre:
Die Rücklagenbildung nach § 58 Abs. 2
AktG

Die Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft befindet über die Verwendung des Bilanzgewinns, §§ 58, 174 AktG. Der Bilanzgewinn wird unter Berücksichtigung des begrenzten Rechts der Verwaltung zur Bildung offener Rücklagen nach § 58 Abs. 2 AktG ausgewiesen. Auf die Probleme, die bei der Anwendung des § 58 Abs. 2 AktG im Konzern entstehen, ist bereits oben hingewiesen worden³¹⁸: gilt § 58 Abs. 2 AktG bei der Tochtergesellschaft nicht, könnte deren Vorstand und Aufsichtsrat, den Gewinn ganz oder teilweise Rücklagen zuführen und ihn damit dem Gewinnanspruch der Aktionäre ganz oder teilweise entziehen. Findet § 58 Abs. 2 AktG bei der Tochtergesellschaft Anwendung, kann die Hälfte ihres Gewinns in die Rücklage gestellt und die andere Hälfte an die Obergesellschaft abgeführt werden. Von dieser Hälfte wäre in der Obergesellschaft wiederum 50% in die Rücklage zu stellen ("doppelte Anwendung des § 58 Abs. 2 AktG³¹⁹). Der

317 Rehbindner, a.a.O.

318 Vgl. D III und E I.

319 Geßler, FS Meilicke, S. 18, 25, 31.

Schutz der Aktionäre ist hier unzureichend³²⁰, das Gesetz ist, wie gezeigt wurde, insofern lückenhaft³²¹.

a. Das Konzept Lutters

Nach Lutter ergibt sich aus den Regeln zur Ermittlung, Ausweis und Verwendung des Jahresüberschusses, daß der Vorstand verpflichtet ist, diese Grundsätze für den Bereich der eigenen Konzerngesellschaft zu verwirklichen: Er ist nicht berechtigt, diesen Regeln durch Verlängerung des Problems in selbständige Tochtergesellschaften auszuweichen, sondern er ist im Gegenteil verpflichtet, diese Grundsätze in der Muttergesellschaft dadurch zu verwirklichen, daß er für die volle Verlagerung des (anteiligen) Jahresüberschusses auf die Mutter-Aktiengesellschaft votiert³²². Ausnahmen sind durch angemessene Bildung von Rücklagen möglich, wenn entweder Mitgesellschafter vorhanden sind, oder Interessen von Gläubigern und Arbeitnehmern zu berücksichtigen sind. Die Minderung des Jahresüberschusses durch die Verwaltung selbst darf in einem solchen Fall nicht den vollen Umfang von § 58 Abs. 2 AktG ausschöpfen.³²³ Bei 100-prozentigen Tochtergesellschaften wäre

320 Vgl. D III.

321 Vgl. C II 4 und D III.

322 Lutter, FS Westermann, S. 347, 362.

323 Lutter, a.a.O., S. 362 f.

demnach in der Regel deren gesamter Gewinn an die Obergesellschaft auszuschütten.

Es ist zu fragen, ob gerade hinsichtlich der zuletzt gezogenen Konsequenz, diese Regelung der Interessenlage im Konzern auch nur annähernd gerecht wird. Diese charakterisiert Thomas³²⁴ so: "Auf der einen Seite ist der Gewinnanspruch der Aktionäre der Konzernobergesellschaft zu sichern... auf der anderen Seite ist die wirtschaftliche Lage des Konzerns, stehen also seine Konsolidierungs-, Liquiditäts- und Finanzierungserfordernisse". Können in der Tochtergesellschaft gar keine Rücklagen gebildet werden, kann eines der beiden Interessen nicht berücksichtigt werden. Das ist abzulehnen. Hinzu kommt die Unsicherheit, die dem Begriff "angemessene Bildung von Rücklagen" anhaftet. Dieses typische Problem bei der Begründung "unbeschriebene Mitwirkungsbefugnisse" im Konzern ist bereits erörtert worden. Lutters Vorschlag ist mithin nicht geeignet, einen klar umrissenen Pflichtenrahmen zu entwerfen.

Im übrigen ist höchst fraglich, ob die von Lutter erwogene Rechtsfolge bei der Nichtbeachtung des § 58 Abs. 2 AktG nämlich eine Pflichtverletzung gemäß §§ 93, 116 AktG anzunehmen, geeignet ist, die Gewinnansprüche der Aktionäre der Obergesellschaft wirksam durchzusetzen.³²⁵ Dem Vorschlag Lutters ist daher nicht zu folgen.

324 Thomas, ZGR 1985, 365, 379.

325 zweifelnd insofern Lutter selbst, FS Westermann, S. 347, 364; so wohl auch Geßler, FS Meilicke, S. 18, 32.

b. Das Konzept Geßler/Götz

Einen anderen Lösungsversuch hat Geßler unternommen.³²⁶ Er schlägt vor, in der Untergesellschaft den § 58 Abs. 2 AktG voll zu Anwendung zu bringen. Mithin sei es dem Vorstand der Untergesellschaft erlaubt, zu 50% den in der Tochtergesellschaft anfallenden Gewinns in die Rücklagen einzustellen bzw. den in der Satzung bestimmten größeren Teils. Eine höhere Rücklage bedürfe gem. § 58 Abs. 3 AktG der Zustimmung der Hauptversammlung der Untergesellschaft. Zusätzlich aber auch der der Obergesellschaft. In der Obergesellschaft schlägt Geßler vor, sei § 58 Abs. 2 AktG nur eingeschränkt anzuwenden. "Der bei der Untergesellschaft als Rücklage eingestellte Betrag ist auf die bei der Obergesellschaft einstellbare Rücklage anzurechnen"³²⁷. Rechtsfolge eines Verstoßes gegen diese Regelungen ist nach Götz die Nichtigkeit des Jahresabschlusses der Untergesellschaft.³²⁸

Dieser Vorschlag soll jedoch nur für 100-prozentige Tochtergesellschaften gelten mit denen ein Gewinnabführungsvertrag geschlossen ist; dieser muß zur Rücklagenbildung in

326 Geßler, FS Merlicke, S. 18, 25, 31; ders. Die AG 1985, 257 f.; ähnlich Götz, Die AG 1984, 85 f.

327 Geßler, Die AG 1985, 257, 261; ähnlich Götz, a.a.O., jedoch nur hälftige Anrechnung der Rücklagen der Untergesellschaft auf die der Obergesellschaft.

328 Götz, a.a.O.; dazu keine Aussagen von Geßler.

der Untergesellschaft ermächtigen. Im faktischen Konzern hingegen soll nach dieser Meinung § 58 Abs. 2 AktG auf jeder Stufe des Konzerns uneingeschränkt zur Anwendung kommen³²⁹.

Dieser Lösungsversuch ist kritisiert worden.³³⁰ Werner³³¹ wendet gegen die Anwendbarkeit des § 58 Abs. 2 AktG in der Tochtergesellschaft ein, vom Gesetzgeber sei beabsichtigt worden, die Bildung freier Rücklagen in nachgeordneten Konzerngesellschaft nicht zu behindern, sondern zu fördern. Goerdeler³³² weist auf § 14 Körperschaftssteuergesetz hin, der eine Rücklagenbildung im Konzern erlaube, soweit dies nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung wirtschaftlich begründet ist.

Dagegen wendet allerdings Geßler ein³³³, § 14 Körperschaftssteuergesetz sei eine rein steuerrechtliche Norm; ihr könne daher nur entnommen werden, daß der steuerrechtliche Gesetzgeber davon ausgegangen sei, eine gesellschaftsrechtliche Rücklagenbildung sei erlaubt. Aus ihr ergebe sich aber nichts für den Umfang der Rücklagenbildung.

Dies vermag zu überzeugen. In Bezug auf Werner ist kritisch anzumerken, daß Geßler

329 Geßler, Die AG 1985, 257, 261.

330 Thomas, ZGR 1985, 365, 379; Goerdeler, Wpg 1986, 229 f., Werner, FS Stimpel, S. 935 f.

331 Werner, a.a.aO., S. 944.

332 Goerdeler, Wpg 1986, 229 f.

333 Geßler, FS Meilicke, S. 18, 27.

dem Willen des Gesetzgebers ja gerade Rechnung trägt, wenn er die Rücklagenbildung bei der Tochtergesellschaft - im Gegensatz zu Lutter³³⁴ - für zulässig erklärt.

Thomas³³⁵ wendet gegen Geßlers Ansicht, die uneingeschränkte Anwendung des § 58 Abs. 2 AktG sei eine "doppelte" Anwendung dieser Norm, ein, es handele sich in Wirklichkeit um die volle und, so wird man aus seinen Gedanken folgern dürfen, einzig zulässige Art der Anwendung. Ähnlich wendet auch Goerdeler gegen Geßler ein³³⁶, die Konzernleitung sei an den Jahresüberschuß so wie er sich aus dem Einzelabschluß der Gesellschaft ergebe, gebunden.

Geßler stellt hingegen hinsichtlich des § 58 Abs. 2 AktG auf einen anderen Aspekt ab: Sinn und Zweck des § 58 Abs. 2 AktG sei der Ausgleich der Interessen, der sich gegenüberstehenden Beteiligten: einerseits das Interesse der Aktionäre der Obergesellschaft am Gewinn, andererseits das des Vorstandes der Untergesellschaft an der Selbstfinanzierung der Gesellschaft. In durch Gewinnabführungsvertrag verbundenen Unternehmen stünden sich nun aber nicht in jeder der Gesellschaften Verwaltung und Aktionäre gegenüber, sondern nur die Verwaltung der Obergesellschaft als Konzernleitung und die Aktionäre der Untergesellschaft. Die Unternehmen bildeten eine wirtschaftliche Einheit: Das Tochterunternehmen habe keinen

334 Lutter, FS Westermann, S. 347, 364.

335 Thomas, ZGR 1985, 365, 378.

336 Goerdeler, Wpg 1986, 229, 235.

Bilanzgewinn, es müsse die Rückstellung auf Weisung herausgeben. Ferner bestünde auch nur ein Anspruch auf Bilanzgewinn, weil es eben keinen Bilanzgewinn der Untergesellschaft gebe. Daraus folgert er: "Bei dieser Sach- und Rechtslage entspricht es nicht dem Sinn und Zweck des § 58 Abs. 2 AktG, daß die Verwaltung aufgrund dieser Vorschrift bei jeder der beiden Gesellschaften die Hälfte ... des Jahresüberschusses in Rücklage stellen kann... die Vorschrift ist der materiellen Rechtslage in den beiden Gesellschaften anzupassen"³³⁷.

Dieser Betrachtungsweise, die sich an dem Sinn und Zweck der Vorschrift orientiert, ist zuzustimmen. Sie vermag die Interessenlage im Konzern überzeugend gerecht zu werden. § 58 Abs. 2 ist also nicht auf jeder Stufe des Konzerns uneingeschränkt anzuwenden.

Diese Betrachtungsweise transportiert auch nicht unzulässigerweise Elemente der Konzernrechnungslegung in die Rechnungslegung der Aktengesellschaft³³⁸. Die Auslegung ist vielmehr das Ergebnis einer durch das Aktiengesetz selbst geschaffenen Situation von durch einen Gewinnabführungsvertrag³³⁹ zu einer Einheit verbundenen Unternehmen. § 58 Abs. 2 AktG ist darauf "zwanglos" anwendbar, wie eben gezeigt worden ist.

337 - Geßler, Die AG 1985, 257, 260.

338 So aber Goerdeler, Wpg 1986, 229, 235.

339 § 293 AktG.

c. Zusammenfassend zur Rücklagenbildung

Mithin ist festzuhalten, daß § 58 Abs. 2 AktG im Interesse der Aktionäre in der Obergesellschaft nur eingeschränkt anwendbar ist. Sollen in der Obergesellschaft mehr als 50% des Jahresüberschusses der Untergesellschaft in deren freie Rücklagen eingestellt werden, bedarf es der Mitwirkung der Hauptversammlung der Obergesellschaft entsprechend § 58 Abs. 3 AktG. Eine Nichtbeachtung dieser Regeln führt gemäß § 256 Abs. 1 Nr. 4 AktG zur Nichtigkeit des Jahreabschlusses der Untergesellschaft.

IV. Gesamtergebnis

Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, daß bei der Konzernbildung die Hauptversammlung der Obergesellschaft entsprechend § 179 Abs. 2 S. 2 AktG zu beteiligen ist; darüber hinausgehende "unbeschriebene Zuständigkeiten" bei der Konzernleitung sind nicht anzuerkennen. Eine Ausnahme hiervon bildet die Zuständigkeit der Hauptversammlung der Obergesellschaft bezüglich der Rücklagenbildung in der Untergesellschaft entsprechend § 58 Abs. 3 AktG.

F. Prozessuale Durchsetzbarkeit

Wurden oben die einzelnen materiellen Rechte der Aktionäre der Obergesellschaft aufgezeigt, so soll es im folgenden um die Möglichkeit gehen, diese Rechte im Klagewege durchzusetzen.

Materiellen Schutzanliegen des Gesetzgebers vermag erst der prozessuale Rechtsschutz zum Erfolg verhelfen³⁴⁰. Zur Sicherung der prozessualen Effektivität bedarf es deshalb der Zubilligung von Individualklagebefugnissen für den Obergesellschafter. Grundlegend ergibt sich hier also das Bedürfnis für die Anerkennung der Aktionärsklage, mit der der einzelne Gesellschafter bei gesetzes- oder satzungswidrigen Maßnahmen der Geschäftsführung seine individuelle Rechtsposition schützen kann.

I. Allgemeine Zulassung der Aktionärsklage

1. Zustimmung zur Aktionärsklage

In Literatur³⁴¹ und Rechtsprechung³⁴² hat sich die Anerkennung der Gesellschafterklage des Einzelaktionärs wohl durchgesetzt. Es

340 Kölner Komm.-Zöllner, Einl. Rdnr. 44.

341 vgl. u.a.: Lutter, FS Westermann, S. 347, 348 f.; ders., AcP 80 (1980), 84, 140 ff.; Timm, Die AG 1980, 172, 185 f.; Großfeld, Aktiengesellschaft, S. 224.; ders., JZ 1981, 234, 235.

342 OLG-Hamburg, JZ 1981, S. 231, 231/232; BGHZ 83, 122 f.

ist der Verdienst von Knobbe-Keuk³⁴³ die Diskussion hierüber wieder in Gang gesetzt zu haben.

Insbesondere an der Holzmüller-Entscheidung³⁴⁴ wurden die möglichen nachteiligen Konsequenzen einer fehlenden Anerkennung der Einzelklage des Aktionärs bei gesetz- oder satzungswidrigem Verhalten von Organen (insbesondere Übergriffen des Vorstandes in den Kompetenzbereich der Hauptversammlung) deutlich gemacht³⁴⁵. Hier zeigte sich eine empfindliche Rechtsschutzlücke im Aktiengesetz.

Allgemein bei gesetzes- oder satzungswidrigen Hauptversammlungsbeschlüssen und im Konzernrecht hat der Gesetzgeber diese Lücke durch Normierung von Einzelklagemöglichkeiten ausgefüllt (§§ 243 ff., sowie §§ 309 Abs. 4, 310 Abs. 4, 317 Abs. 4, 318 Abs. 4, 323 Abs. 1 AktG). Im übrigen aber wird der Minderheitsaktionär auf verbandsinterne Schutzmaßnahmen verwiesen, die zum einen durch den Aufsichtsrat als Repräsentant der Aktionäre § 84 Abs. 3 AktG = Widerruf der Bestellung des Vorstandes durch den Aufsichtsrat, Klage der Gesellschaft, vertreten durch den Aufsichtsrat, gegen den Vorstand³⁴⁶ oder zum anderen durch eine Min-

343 Knobbe-Keuk, FS Ballerstedt, S. 239 f.

344 BGHZ 83, 122 f.

345 vgl. hier insbesondere Großfeld. JZ 1981, 234, 235.

346 Schmidt, ZZP 92 (1979), 212, 229 f.

derheit (Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen = § 147 AktG; Einberufung einer Hauptversammlung = § 122 AktG) ausgeübt werden müssen. Diese Schutzmaßnahmen erweisen sich aber in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht als unzureichend:

Der Aufsichtsrat ist, besonders wenn es um die Beachtung der Rechtsstellung des einzelnen Aktionärs geht, "strukturell ungeeignet,... die Interessen der Aktionäre gegenüber dem Vorstand zu wahren"³⁴⁷.

Die genannten Minderheitsrechte setzen einen "unrealistisch hohen"³⁴⁸ Anteilsbesitz voraus (10 bzw. 5% des Grundkapitals) und können daher auch nicht ausreichend schützen.

Aufgrund dieser Überlegungen ist daher im neueren Schrifttum³⁴⁹ die Forderung nach Zulassung der Aktionärsklage erhoben worden. Stehen geeignete aktienrechtliche Rechtsbehelfe nicht zur Verfügung oder führen diese nur über unzumutbare Umwege zum Erfolg, so muß der Aktionär jedenfalls dann geschützt

347 Mestmäcker, S. 95; vgl. dazu auch: Wiethölter, S. 295 f.; Pflüger, S. 210.

348 Großfeld, JZ 1981, 234, 235; ebenso: Rehbinder, ZHR 147 (1983), 92, 104.

349 Knobbe-Keuk, FS Ballerstedt, S. 239, 251 f.; Großfeld, JZ 1981, 234 f.; Lutter, AcP 180 (1980), 84, 140 f.; Timm, Die AG 1980, 172, 185 f.; Mertens, Die AG 1978, 309 f.; ders., FS Fischer, S. 461, 468 f.; Hachenburg/Mertens, § 43, Rdnr. 105 f.; Schmidt, ZZP 92 (1979), 212, 219.

werden, wenn der Vorstand die Hauptversammlung (und damit auch die einzelnen Aktionäre) bei einer Entscheidung in seiner verbandsrechtlichen Mitwirkung übergeht, also seine verbandsrechtlichen Kompetenzen überschreitet.

2. Ablehnende Auffassungen zur Aktionärsklage

Im Jahre 1977 lag dem Landgericht Mainz³⁵⁰ ein Sachverhalt zur Entscheidung vor, bei dem der Vorstand einer Aktiengesellschaft beschlossen hatte, den Vertrieb eines ihrer Produkte auf eine abhängige GmbH zu übertragen. Der Kläger, er hielt 16% der Anteile, sah in der Ausgliederung eine Verschlechterung seiner Beteiligung an der Aktiengesellschaft. Er wollte daher die Durchführung des Beschlusses mit seiner Klage verhindern.

Das Landgericht Mainz aber lehnte unter Hinweis auf aktienrechtliche Grundsätze eine Klagebefugnis ab:

"Eine solche Erweiterung (der Klagerechte) findet im Gegensatz hingegen nicht nur keine Grundlage. Das oben dargelegte Regel-Ausnahmeprinzip des Gesetzes hinsichtlich der Art der Einflußnahme des einzelnen Aktionärs spricht gerade dafür, daß der Aktionär in seiner Kontrolle" ...
 "auf die Anfechtungsmöglichkeit von Maßnahmen beschränkt bleibt, die innerhalb

350 LG Mainz, WM 1977, 904, 905 mit zustimmender Anmerkung von Westenberger.

seiner Einflußsphäre, der Hauptversammlung getroffen werden"³⁵¹.

Auch im Schrifttum wurde zum Teil Ablehnung³⁵² oder erhebliche Zweifel³⁵³ an der Zulässigkeit der Aktionärsklage vorgebracht. Ähnlich wie im Urteil des Landgerichts Mainz (siehe oben) werden vor allem zwei Bedenken angemeldet: erstens stehe die Kontrollfunktion allein dem Aufsichtsrat zu³⁵⁴ und zweitens sei die Gesellschafterklage unvereinbar mit dem aktienrechtlichen Grundsatz der eigenverantwortlichen Unternehmensleitung durch den Vorstand (§ 76 Abs. 1 AktG).

3. Stellungnahme

Wenn der einzelne Aktionär in ablehnenden Ausführung der Aktionärsklage auf die gesetzlichen Schutzmaßnahmen verwiesen wird, so wird verkannt, daß diese zu ihrer Geltendmachung einen unrealistisch hohen Anteilsbesitz voraussetzen³⁵⁵. Zudem fallen Anlegerinteressen und Handlungsmacht in der Aktiengesellschaft regelmäßig auseinander. Durch Ausübung der materiellen Mitverwal-

351 LG Mainz, WM 1977, 904 f.

352 Häsemeyer ZHR 144 (1980), 265 f.; Geßler-Eckhardt, § 118 Anm. 12.

353 vgl. Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, S. 463 f.

354 vgl. Hommelhoff, ZHR 143 (1979), 288 f.

355 ähnlich auch Timm, Die AG 1980, S. 172, 186, der von "scheinbaren Auswegen" spricht.

tungs- und Mitspracherechte sollen die Aktionäre nach dem Leitbild des Gesetzes ihre Interessen in das Unternehmenshandeln einbringen. Hier aber liegt die Schwäche des geltenden Aktienrechts: Einzelne Mitwirkungsrechte zur Verwirklichung der Mitgliedschaft bleiben stumpf, solange nicht sichergestellt ist, daß diese gegebenenfalls tatsächlich durchsetzbar sind. Dieser unzureichenden Absicherung der Rechtsstellung des Aktionärs kann nur mit einem umfassenden Anspruch auf Beachtung der Mitgliedschaft, der Aktionärsklage, abgeholfen werden. In seiner "Holzmüller-Entscheidung" schließt sich auch der Bundesgerichtshof dieser Ansicht an und nimmt gleichzeitig zu den bisher geäußerten Bedenken Stellung. Nach seiner Ansicht kann

"schwerlich von einer Störung der aktienrechtlichen Zuständigkeitsordnung gesprochen werden, wo die Klage des Aktionärs gerade den Zweck haben soll, diese vom Vorstand verletzte Ordnung zu erhalten oder wieder herzustellen und damit zugleich eigene Rechte zu wahren. Der Schutz der innergesellschaftlichen Ordnung ist daher kein Gesichtspunkt, der eine mit solchem Ziel erhobene Leistungs- oder Unterlassungsklage ausschließen könnte"³⁵⁶.

356 BGHZ 83, 122, 134.

II. Rechtsnatur und dogmatische Grundlagen der Aktionärsklage

Die bisher dargelegte Notwendigkeit der Rechtsfortbildung hin zur Aktionärsklage ersetzt allein aber nicht die dogmatische Begründung für dieselbe.

1. Der Anspruch auf verbandsinternen Schutz der Mitgliedschaft

Will man die Rechtsschutzlücke für den einzelnen Aktionär mit seinem Individualanspruch auf Achtung oder Wiederherstellung der Mitgliedschaft schließen, so ist hier zunächst nach der rechtlichen Quelle dieses Anspruchs zu fragen.

Als solche kommt die Mitgliedschaft in Betracht³⁵⁷.

a. Die Mitgliedschaft als subjektives Recht

Rechtspositionen, in denen bereits das Recht auf Schutz verankert ist, bezeichnet man als subjektive Rechte³⁵⁸. Solche verleihen dem Inhaber die Befugnis Beeinträchtigungen oder Störungen abzuwehren und auch die Wiedereinsetzung in diese Rechtsposition zu verlangen. Die Anspruchsberechtigung für eine Aktionärsklage bzw. ein subjektives

³⁵⁷ Umfassend dazu Lutter, AcP 180 (1980), 84, 101 f.

³⁵⁸ Stech, ZZP 77 (1967), 161 f.

Recht des Aktionärs hat seinen Ursprung in der Zugehörigkeit des Gesellschafters zum Verband³⁵⁹. Die Position als Mitglied in diesem Verband stellt dann das rechtliche Band zwischen Aktionär und Gesellschaft dar³⁶⁰.

In die traditionellen Gruppen subjektiver Rechte (dingliche, obligatorische und Gestaltungsrechte) läßt sich die Mitgliedschaft nicht einordnen. Vielmehr ist sie Ausdruck der Zugehörigkeit zum Verband, der seinerseits Unternehmenseigentümer ist, und deshalb ein Teilhaberrecht³⁶¹. Auch wenn der Aktionär kein Eigentümer im Rechtssinne ist, so trägt er in Bezug auf die geleisteten Einlagen Chance und Risiko wie ein Eigentümer³⁶².

In der Literatur wird aus dieser Nähe zum Rechtsinstitut des Eigentums die aktienrechtliche Mitgliedschaft auch im Innenverhältnis als subjektives Recht qualifiziert³⁶³, zum Teil als "körperschaftsinternes" subjektives Recht bezeichnet³⁶⁴.

359 Großfeld/Brondics, JZ 1982, 589, 590; Lewerenz, S. 62 f.; Schmidt, S. 485; Lutter, AcP 180 (1980), 84, 101 f.

360 Hadding, S. 249, 262.

361 Lutter, AcP 180 (1980), 84, 93/94.

362 Würdiger, S. 49.

363 Flume, S. 258; Wiedemann, Übertragung, S. 39; Lutter, AcP 180 (1980), 84, 102.

364 so Lewerenz, S. 62.

b. Begründung eines Schutzanspruches für die Mitgliedschaft

Zwei Lösungsansätze haben sich bisher in der Literatur herausgebildet, um den Schutz oder Abwehranspruch aus der Mitgliedschaft zu begründen: ein deliktischer und ein gesellschaftsrechtlicher Ansatz³⁶⁵.

aa. Deliktischer Ansatz

Nach allgemeiner Ansicht wird die Mitgliedschaft als absolutes Recht zu den "sonstigen Rechten" des § 823 Abs. 1 BGB gezählt³⁶⁶. Ebenso unstreitig ist, daß die Mitgliedschaft über § 823 Abs. 1 BGB geschützt ist, wenn es sich um Eingriffe von außen handelt³⁶⁷. Mertens erweitert diesen Schutz auf das Innenverhältnis der Gesellschaft und begründet auf diese Weise den verbandsinternen Schutz des Aktionärs³⁶⁸, der sowohl im Verhältnis der Gesellschafter untereinander wie auch zu den Organen gelten soll.

365 Timm, Die AG 1980, 172, 185.

366 Palandt/Thomas, § 823 Anm. 6 a; Wiedemann, Übertragung, S. 39; Geßler-Hefermehl, § 93 Anm. 94.

367 Geßler-Hefermehl, § 93, Anm. 94; Wiedemann, Übertragung, S. 39.

368 Mertens, Die AG 1978, 309, 310; ders., ACP 178 (1978), 227, 242 f.; ders., FS Fischer, S. 461 f.; ders., in: Hachenburg-Mertens, § 43, Rdnr. 105 f.

bb. Gesellschaftsrechtlicher Ansatz

Der Gedanke der gesellschaftsrechtlichen Klagebefugnis des Einzelaktionärs wurde von Großfeld³⁶⁹ begründet. Danach ist der Ausbau der Kontrollrechte der Aktionäre "das systemgerechte Mittel, um von seiten des Aktienrechts der innergesellschaftlichen Konzentration und ihrem Umschlag in eine allgemeine Unternehmenskonzentration entgegenzuwirken"³⁷⁰.

Großfeld stützt sich dabei auf den Rechtsgedanken der "actio pro socio", wobei nach seiner Ansicht einer modifizierten Übernahme dieses Rechtsinstituts das Wesen der Aktiengesellschaft als juristische Person nicht entgegensteht³⁷¹.

cc. Stellungnahme

Die Rechtsprechung hat trotz grundsätzlicher Anerkennung der Einzelklage des Aktionärs im "Holzmüller-Fall" die dogmatische Grundlage des Anspruchs bisher offengelassen³⁷².

369 Großfeld, Aktiengesellschaft, S. 200.

370 Großfeld, JZ 1981, 234, 235.

371 Großfeld, Aktiengesellschaft, S. 224 f.

372 OLG Hamburg, JZ 1981, 231; BGHZ 83, 112, 133, 134.

Zwei gewichtige Gründe sprechen jedoch dafür, den Streit zwischen delikts- und gesellschaftsrechtlichem Lösungsansatz zu klären: im Deliktsrecht muß der Aktionär die rechtswidrige und schuldhaft Verletzung seiner Mitgliedschaft geltendmachen, was bei der gesellschaftsrechtlichen Lösung nicht nötig ist.

Daneben hat die Frage für das Internationale Privatrecht Bedeutung: bei einem Ansatz kommt das Deliktsstatut zum Zuge, beim anderen das Gesellschaftsstatut³⁷³.

Gegen den deliktischen Ansatz spricht, daß das allgemeine Deliktsrecht nicht auf die Sonderordnung des Verbandes zugeschnitten und daher ungeeignet ist, den verbandsspezifischen Besonderheiten Rechnung zu tragen³⁷⁴. Der deliktische Schutz der Mitgliedschaft greift im Innenverhältnis nicht, denn dieses ist durch gesellschaftsrechtliche Normen überlagert³⁷⁵.

In Parallele zum Verbandsrecht kann deshalb nur ein auf das jeweilige Innenverhältnis abgestimmter Schutz den besonderen Beziehungen der Beteiligten gerecht werden. Folglich ist der Abwehranspruch des einzelnen Mitglieds aus dem Aktienrecht herzuleiten; dem gesellschaftsrechtlichen Ansatz ist demnach zuzustimmen.

373 siehe dazu: Staudinger/Großfeld, RdNr. 243.

374 Lutter, AcP 180 (1980), 82, 142; Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, S. 464.

375 Wiedemann, Übertragung, S. 39.

2. Zwischenergebnis

Die Mitgliedschaft als Zugehörigkeit des Einzelaktionärs zum Verband ist einem subjektiven Recht gleichzustellen, bei dessen Beeinträchtigung er aus eigenem Recht verbandsintern hiergegen vorgehen kann.

3. Der richtige Anspruchsgegner; Passivlegitimation der Gesellschaft

Weitgehende Uneinigkeit herrscht in der Frage nach dem richtigen Klagegegner bei der Aktionärsklage. Drei Positionen werden vertreten; passivlegitimiert kann danach sein: die Gesellschaft³⁷⁶, das Gesellschaftsorgan³⁷⁷, das einzelne Organmitglied³⁷⁸.

Der Bundesgerichtshof hat in der Holzmüller-Entscheidung³⁷⁹ der Gesellschaft die Passivlegitimation zugeschrieben.

376 so: Knobbe-Keuk, FS Ballerstedt, S. 239, 252/253; Timm, Die AG 1980, 172, 185; Großfeld, JZ 1981, 234, 236; Rehbinde, ZGR 1983, 92, 106; Schmidt, S. 484.

377 so: OLG Hamburg, JZ 1981, 231, 232; Hommelhoff, S. 469; ders., ZHR 143 (1979), 288, 305; Lutter, AcP 180 (1980), 84, 142; Lewerenz, S. 62 ff.

378 so: Mertens, Die AG 1978, 309; ders., S. 470.

379 BGHZ 83, 122, 134.

Dieser Auffassung kann insofern zugestimmt werden, als sie eine Stütze findet im Modell der Anfechtungsklage: Gemäß § 246 Abs. 2 S. 1 AktG sind gesetz- und satzungswidrige Hauptversammlungsbeschlüsse der Gesellschaft zuzurechnen, weshalb die Anfechtungsklage gegen die Gesellschaft zu richten ist.

In Entsprechung hierzu kann für Verwaltungsmaßnahmen nichts anderes gelten. Allein mit Anerkennung der Passivlegitimation der Gesellschaft läßt sich auch die Beseitigung von Maßnahmen erreichen, die der Vorstand bereits vollzogen hat, ohne vorher die Zustimmung der Hauptversammlung einzuholen³⁸⁰.

Als unproblematisch kann man für diesen Lösungsweg den Bereich der Vollstreckung ansehen³⁸¹; jedoch dürften die dort auftauchenden Fragen lösbar sein³⁸².

III. Inhalt der Aktionärsklage und Grenzen

1. Allgemeines

Die Aktionärsklage bietet dem Einzelaktionär eine Möglichkeit seinen verletzten oder gefährdeten Rechten verbandsintern Geltung zu verschaffen. Seine Schutzansprüche muß der Aktionär im Wege der Leistungsklage

380 Reh binder, ZGR 1983, 92, 107.

381 so: Schmidt, ZEP 92 (1979), 212, 222.

382 vgl. Großfeld, JZ 1981, 234, 236.

und der einstweiligen Verfügung³⁸³ durchsetzen können.

Soweit die beanstandete Maßnahme noch nicht durchgeführt ist, kann der betroffene Aktionär ein Unterlassen verlangen; ist die Maßnahme durchgeführt, kommt ein Anspruch auf Beseitigung in Betracht³⁸⁴.

Diese Ansprüche stellen (bei Kompetenzüberschreitungen) - nach Ansicht des Bundesgerichtshofs - kein "Ersatzaufsichtsrecht" des einzelnen Aktionärs dar, d.h. er hat nicht das Recht, für die Gesellschaft gegen das geschäftsführende Organ, welches durch Kompetenzüberschreitung die Verbandsordnung stört, vorzugehen, wenn das hierzu berufene Kontrollorgan versagt³⁸⁵.

Mit einem Teil des Schrifttums³⁸⁶ geht der Bundesgerichtshof³⁸⁷ bei Kompetenzverletzung von einem individualrechtlichen Anspruch aus, da der einzelne Aktionär durch unzulässige Ausschaltung der Hauptversamm-

383 Knobbe-Keuk, FS Ballerstedt, S. 239, 245.

384 Knobbe-Keuk, FS Ballerstedt, S. 239, 245; BGHZ 83, 122, 135.

385 so aber vertreten von: Lutter, AcP 180 (1980), 84, 142; Timm, Die AG 1980, 172, 185; Großfeld, JZ 1981, 234, 235; Schmidt, ZZP 92 (1979), 212, 218.

386 Knobbe-Keuk, FS Ballerstedt, S. 239, 243, 251 f.; und im Ergebnis auch: Mertens, Die AG 1978, 309 f.

387 BGHZ 83, 122, 135.

lung (so im Holzmüller-Fall) in seiner eigenen Mitgliedstellung betroffen sei³⁸⁸.

2. Inhaltsschranken: Die gesellschaftliche Treuepflicht

Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) leitet sich eine besondere Treuepflicht des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft ab³⁸⁹, die jedem Aktionär bei Ausübung seiner Befugnisse obliegt. D.h., daß der Aktionär seine Rechte so wahrzunehmen hat, wie es die wohlverstandenen Interessen der Gesellschaft erfordern. Für die Aktionärsklage ergibt sich daraus eine wesentliche Einschränkung: der subjektiv rechtliche Schutz der Mitgliedschaft kann nur unter angemessener Rücksichtnahme auf die Belange der Gesellschaft geltendgemacht werden.

a. Abwägung von Schutz- und Unternehmensinteresse

Bei einer unwesentlichen Beeinträchtigung in rechtlicher oder wirtschaftlicher Hinsicht läßt sich kaum vertreten, daß ein geringes Fehlverhalten der Verwaltung einen Anspruch auf Unterlassen oder Beseitigung zur Folge haben soll. Hier, wie aber auch in anderen Fällen, kann eine Abwägung der Interessen der Gesellschaft gegenüber denen

³⁸⁸ BGHZ 83, 122, 135.

³⁸⁹ Henn, S. 8; Reinhardt/Schulz, RdNr. 442.

des Aktionärs zu Gunsten der Gesellschaftsbelange ausschlagen. Die Grenzen, die der Interessenverband dem Einzelnen setzt, bedeuten also unter Umständen, daß der Aktionär gewisse Beeinträchtigung hinnehmen muß³⁹⁰.

b. Zeitliche Grenzen

Die Geltendmachung bestimmter Rechte innerhalb einer besonderen Frist ist auch ein Ausfluß der Treuebindung und Rechtssicherheit innerhalb der Gesellschaft. Im Gesetz kommt dies z.B. in § 246 Abs. 1 AktG zum Ausdruck: Hauptversammlungsbeschlüsse können nur innerhalb eines Monats angefochten werden³⁹¹. Auch die Aktionärsklage muß nach dem Gebot der Rücksichtnahme ohne unangemessene Verzögerung geltend gemacht werden³⁹².

Daraus folgt, daß der Anspruch auf Wiederherstellung der Mitgliedschaft nur innerhalb einer bestimmten Frist der Gesellschaft entgegengehalten werden kann³⁹³. Die Bemessung einer solchen Zeitspanne könnte sich an § 246 AktG orientieren³⁹⁴.

390 Zum Ganzen ähnlich: Grunewald, DB 1981, 407.

391 Würdinger, § 30 I 2.

392 BGHZ 83, 122, 135/136.

393 Vgl. Rehbinder, ZGR 1983, 92, 107.

394 so auch Schmidt, S. 484.

IV. Die Gefahr des Rechtsmißbrauchs

Mit der Zulassung der mitgliedschaftlichen Einzelklage verbindet sich gleich der ernstzunehmende Gedanke einer eventuellen Mißbrauchsmöglichkeit³⁹⁵.

Hier ergibt sich die Gefahr von Massenklagen und willkürlichen Klagen. Solche Probleme sind aus anderen Rechtsordnungen bereits hinreichend bekannt; z.B. im nordamerikanischen Recht unter dem Begriff "strike suits"³⁹⁶.

Wird ein Unternehmen unberechtigt oder willkürlich mit Klagen einzelner Aktionäre überzogen, so muß es sich hiergegen zur Wehr setzen. Die Ausfechtung solcher Rechtsstreitigkeiten aber kosten das Unternehmen Zeit, Geld und Energie. Zudem kann der klagende Aktionär bis zur Streitentscheidung durch einstweilige Verfügungen die angegriffene Gesellschaftsführung blockieren. Flume weist daher darauf hin, daß bei wiederholten Klagen dieser Art ein einzelner querulanter Aktionär das Unternehmen für längere Zeit handlungsunfähig machen kann³⁹⁷. Dabei muß bedacht werden, daß die Aktionärsrechte in

395 Großfeld, JZ 1981, 234, 236.

396 vgl. dazu näher, Großfeld, Aktiengesellschaft, S. 247.

397 Flume, S. 312.

der letzten Zeit zunehmend für allgemeinpolitische Aktivitäten genutzt werden³⁹⁸.

Bereits die gesetzlichen Befugnisse, wie z.B. die Anfechtungsklage nach § 243 AktG haben zu einzelnen Mißbräuchen geführt³⁹⁹.

Abzuwarten bleibt daher, wie die Rechtsprechung diese Mißbrauchsmöglichkeiten in Zukunft unter Kontrolle bekommt. In der Literatur ist der Vorschlag gemacht worden, die Aktionärsklage auf gesetz- und satzungswidrige Maßnahmen etwa im Sinne des § 82 Abs. 2 AktG einzugrenzen⁴⁰⁰.

Daneben stehen als rechtliche Instrumente die Aspekte "Rechtsschutzbedürfnis" und "treuwidrige Rechtsausübung" bereit, um willkürliche oder unbefugte Aktionärsklagen abzuwenden.

V. Die allgemeine Feststellungsklage im Vorfeld der Aktionärsklage

1. Grundsätzliche Anerkennung

Bereits vor Erhebung einer prozessualen Leistungsklage kann für den einzelnen Aktio-

398 Für § 131 AktG (Auskunftsrecht auf der Hauptversammlung) weist hierauf eindringlich hin: Trouet, NJW 1986, 1302 ff; vgl. auch Großfeld, Die AG 1985, 1, 5.

399 dazu Bokelmann, BB 1972, 733.

400 vgl. Hommelhoff, ZGR 149 (1979), 288, 310; so auch Großfeld, JZ 1981, 234, 236.

när eine Feststellungsklage (§ 256 ZPO) von Interesse sein. Der Bundesgerichtshof begründet dies in der "Holzmüller-Entscheidung" zutreffend wie folgt: Wenn ein fehlerhaftes Verwaltungshandeln erst gerichtlich festgestellt ist, besteht immerhin die Aussicht, daß sich die betroffenen Gesellschaftsorgane an das Urteil gebunden fühlen und die gerügten Maßnahmen unterlassen oder rückgängig machen. Bei weiterer Beeinträchtigung kann das Urteil die Grundlage für konkrete Abwehrrechte oder Schadensersatzansprüche bilden oder zumindest Hauptversammlungsanträge auf Versagen der Entlastung von Vorstand oder Aufsichtsrat rechtfertigen⁴⁰¹.

Mit dieser Argumentation läßt sich das Feststellungsinteresse des Aktionärs begründen.

2. Die Feststellungsklage des Obergesellschafters bei Kapitalerhöhungen in der Untergesellschaft

Mit der Feststellungsklage kann dem einzelnen Aktionär in der Obergesellschaft im besonderen Fall der Kapitalerhöhung in der Untergesellschaft ein wirksames Rechtsmittel zur Verfügung stehen.

Im Wege der Klage nach § 256 ZPO kann der einzelne Gesellschafter feststellen lassen, ein Recht darauf zu haben an der Entschei-

401 BGHZ 83, 122, 126.

dung über die Kapitalerhöhung beteiligt zu werden (über die Hauptversammlung)⁴⁰².

Bemerkenswert ist, daß ein Feststellungsinteresse bereits anerkannt wird, wenn die "abstrakte" Gefahr⁴⁰³ (z.B. aus einer Satzungsklausel der Untergesellschaft) der Kapitalerhöhung besteht, diese braucht also weder beschlossen sein noch unmittelbar bevorstehen⁴⁰⁴.

Rehbinder sieht daher für diesen Fall die Aktionärsklage als "Instrument, mit dem die Mitbeteiligung der Aktionäre der Obergesellschaft an wesentlichen Entscheidungen in der Untergesellschaft auch vorbeugend effektiv durchgesetzt werden kann"⁴⁰⁵.

402 BGHZ 83, 122, 141.

403 So bezeichnet nach Rehbinder, ZGR 1983, 92, 107.

404 BGHZ 83, 122, 141.

405 Rehbinder, ZGR 1983, 92, 107.

L e b e n s l a u f

Am 5. Februar 1946 wurde ich als Sohn des Ki-Suk Lee und seiner Frau Young-Sun, geboren Jung, in Kyung-Gi Do Korea geboren.

Von April 1952 bis März 1958 besuchte ich die Grundschule in Keyang. Danach wechselte ich auf die Joong-Dong Mittelschule in Seoul. Von April 1961 bis Februar 1964 besuchte ich die Kimpo-Oberschule.

Von März 1966 bis Februar 1970 studierte ich Rechtswissenschaften an der Kook-Min Universität in Seoul und schloß das Studium mit dem Bachelor of Law ab.

Von April 1970 bis Dezember 1971 leistete ich den Militärdienst ab.

In den Jahren von 1972 bis 1976 arbeitete ich in der Leitung eines Verlages in Seoul mit.

Im Sommersemester 1976 immatrikulierte ich mich für Wirtschafts-und Sozialwissenschaften an der Universität Dortmund.

Zum Sommersemester 1979 schrieb ich mich an der Ruhr Universität Bochum für das Fach Rechtswissenschaften ein. Im April 1981 wechselte ich zu Westfälischen Wilhelms-Universität Münster.

Hier begann ich im Wintersemester 1984/85 mit meiner Promotionsarbeit, die von Professor Dr. Großfeld betreut wurde.

Vom 01.10.1985 bis zum 30.06.1987 war ich
außerdem am Institut für ausländisches und
internationales Privat- und Wirtschaftsrecht
beschäftigt.



